

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DROIT ROMAIN
DES ACTIONS « IN BONUM ET ÆQUUM CONCEPTÆ »

DROIT FRANÇAIS
LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE ET LA POLICE DES MŒURS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

soutenue le jeudi 15 novembre 1894, à 1 heure et demie

PAR

JULES JUSTIN

Avocat à la Cour d'appel, Lauréat de la Faculté de Droit

Sous la Présidence de M. BONNEVILLE, Professeur

Suffragants : { MM. GAUDEMET,
DESSERTAUX, } Professeurs.
TISSIER, Agrégé.

DIJON
IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE CARRÉ
40, rue Amiral-Roussin, 40

1894





Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DROIT ROMAIN
DES ACTIONS « IN BONUM ET ÆQUUM CONCEPTÆ »

DROIT FRANÇAIS
LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE ET LA POLICE DES MŒURS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

soutenue le jeudi 15 novembre 1894, à 1 heure et demie

PAR

JULES JUSTIN

Avocat à la Cour d'appel, Lauréat de la Faculté de Droit

Sous la Présidence de M. BONNEVILLE, Professeur

Suffragants : { MM. GAUDEMET,
 DESSERTAUX, } Professeurs.
 TISSIER, Agrégé.

DIJON
IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE CARRÉ

40, rue Amiral-Roussin, 40

—
1894

A TOUS CEUX QUI ME SONT CHERS

DROIT ROMAIN

DES ACTIONS

« IN BONUM ET ÆQUUM CONCEPTÆ »

INTRODUCTION

1. — Au seizième siècle, Cujas, dans son commentaire sur la loi 9, au Digeste, *De capite minutis*, livre IV, titre 5 (1), signala, le premier à notre connaissance, l'existence dans la procédure romaine d'un certain nombre d'actions exceptionnelles et anormales; il en fit un groupe particulier sous le nom d'actions *in bonum et æquum conceptæ* (2). La doctrine du célèbre jurisconsulte fut reprise et développée de nos jours par M. de Savigny (3) Mais il restait dans la théorie un point quelque peu obscur : Cujas et M. de Savigny avaient recherché, analysé les textes

(1) Le Commentaire de Cujas est rapporté dans l'éd. Fabrot, t. V, col. 169 et suiv.

(2) Ce nom est emprunté à la loi 8, D., *De cap. minutis*, IV, 5.

(3) *Traité de droit romain*, t. II, §§ 71 à 73.

qui nous révélaiient ces actions, indiqué leurs effets communs ; « ils avaient constaté et décrit le phénomène, ils n'en avaient pas donné l'explication » (1).

Il fallait découvrir le caractère qui séparait ces actions de toutes les autres ; c'est cette question que M. Gide a tenté de résoudre dans son remarquable travail sur le caractère de la Dot en droit romain (2) et qu'a reprise tout récemment M. Esmein, dans un article sur la nature originelle de l'*actio rei uxoriæ* (3). Aidé de toutes les découvertes récentes de la science, le savant professeur s'est placé au point de vue du développement historique du droit romain, et il a essayé d'établir entre les diverses actions *in bonum et æquum conceptæ* une communauté d'origine et de filiation historique.

Certes, nous ne pensons pas qu'après des études aussi approfondies, il soit possible d'ajouter quelque élément nouveau à la théorie des actions *in bonum et æquum conceptæ*, et ce n'est pas ce but que nous nous proposons. Nous voudrions seulement tenter de présenter dans son ensemble une théorie qui n'a été faite qu'à propos d'une action déterminée, l'*actio rei uxoriæ*, et, après avoir énuméré les diverses actions que les textes signalent comme *in bonum et æquum conceptæ*, indiqué leurs caractères et leurs effets et recherché la cause des anomalies qu'on y rencontre, nous demander s'il n'y a pas encore entre ces actions une com-

(1) Cf., GIDE, *Du caractère de la dot en droit romain*, p. 519.

(2) A la suite de son livre sur *la condition privée de la femme*, pp. 499 et suiv.

(3) *Recue historique de droit français et étranger*, t. XVII, pp. 145 et suiv.

munauté d'origine et de filiation historique, si, en d'autres termes, elles n'ont pas toutes été créées, à des époques différentes, il est vrai, par une même autorité, dans des buts analogues.

Cette étude se divisera donc en trois sections :

Section I. — Énumération des actions *in bonum et æquum conceptæ*.

Section II. — Théorie juridique des actions *in bonum et æquum conceptæ*.

Section III. — Formation historique de la théorie des actions *in bonum et æquum conceptæ* (1).

(1) Les ouvrages le plus souvent consultés et que je citerai par le seul nom de l'auteur sont :

ACCARIAS. — *Précis de Droit Romain*, 4^e édition, 1891.

CUQ. — *Les Institutions juridiques des Romains*, 1891.

DESSERTAUX. — *Etude sur les effets de l'adrogation*, 1892.

ESMEIN. — *Nature originelle de l'action rei uxoriæ*; *Revue historique de droit français et étranger*, t. XVII, pp. 145 et suiv.

GIDE. — *Du caractère de la dot en droit romain* — à la suite de son livre sur *la condition privée de la femme*, 2^e édition, 1885, et également dans la *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*, t. II, pp. 121 et suiv.

GIRARD. — *La date de la loi Æbutia*, dans la *Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1893, pp. 11 et suiv.

GRANDMOULIN. — *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*. Thèse de doctorat, Rennes, 1892.

VON IHERING. — *De la faute en droit privé*, trad. Meulenaere, 1880; — *Actio injuriarum*, trad. Meulenaere, 1888.

LENEL. — *Das edictum perpetuum*, 1883.

MAYNZ. — *Cours de Droit Romain*, 4^e édition, 1876-1877.

MUIRHEAD. — *Introduction historique au droit privé de Rome*, trad. Bourcart, 1889.

SALEILLES. — *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris, 1889.

DE SAVIGNY. — *Traité de Droit Romain*. Trad. Guenoux, 1841.

SECTION I

ÉNUMÉRATION DES ACTIONS **in bonum et æquum conceptæ**

2. — L'énumération classique, empruntée à Cujas, comprend quatre actions : l'*actio rei uxoriæ*, l'*actio sepulchri violati*, l'*actio injuriarum* et l'*actio de effusis*. La première est donnée à la femme contre son mari, au cas de dissolution du mariage, pour obtenir la restitution de la dot. L'*actio sepulchri violati* (1) est une action pénale, *in factum*, donnée par le prêteur contre l'auteur d'une violation de sépulture, d'une *res religiosa* (2). Enfin l'*actio injuriarum* et l'*actio de effusis* sont, elles aussi, pénales, prétoriennes : l'une a été organisée pour réprimer le délit d'injures et pour remplacer le système un peu barbare de la loi des Douze Tables (3), l'autre est donnée à l'homme libre blessé par un objet jeté d'un appartement sur la voie publique.

Il est vrai que les textes n'emploient les expressions : « *in bonum et æquum concepta* », qu'en ce qui concerne deux de ces actions : l'*actio rei uxoriæ* (4) et l'*actio sepulchri violati* (5). Pour elles, le doute est

(1) D., XLVII, 12.

(2) GAI., Comm. II, § 4 : « *Religiosæ, quæ Diis manibus relictæ sunt.* »

(3) Notamment la peine du talion au cas de *membrum ruptum*.

(4) L. 8, D., *De capite minutis*, IV, 5.

(5) L. 10, D., *De sepulchro violato*, XLVII, 12.

impossible, mais il n'en est pas de même pour l'*actio de effusis* et l'*actio injuriarum*.

La loi 1 *pr.* au Digeste, « *De his qui effuderint* (1) », rappelle en effet les termes de l'Édit du préteur de la manière suivante : « *quantum ob eam rem æquum ju-*
« *dici videbitur, eum cum quo agetur condem-*
« *nari* (2) », et la loi 5, § 5, au même titre, commentant le texte de l'édit porte, *in fine*, « *ex bono et æquo oritur.* »

« *Injuriarum actio ex bono et æquo est* », nous dit, d'autre part, la loi 11, § 1^{er}, au Digeste, *De injuriis* (3). Or, ces mots « *ex æquo et bono* » sont ceux qui révèlent la plupart du temps les *actiones bonæ fidei* (4); il semblerait donc que l'*actio de effusis* et l'*actio injuriarum* soient de simples actions de bonne foi, et ne rentrent pas dans la classe des actions *in bonum et æquum conceptæ*.

Mais, outre que leurs effets, je le montrerai plus loin, les assimilent complètement à ces dernières, il résulte d'un examen moins rapide des textes, que le caractère d'*in bonum et æquum concepta* ne saurait, même pour elles, être contesté.

L'*actio sepulchri violati* est, en effet, d'après le témoignage de Papinien dans la loi 10, rapportée ci-dessus, une action *in bonum et æquum concepta*; or l'Édit du préteur qui organisait cette action portait simplement : « *quantum ob eam rem æquum videbitur,*

(1) D., IX, 3.

(2) Cf., Institutes de Justinien, IV, 5, 1.

(3) D., XLVII, 10.

(4) Cf., Inst. Just., IV, 6, 30 : « *In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat.* »

condemnetur » (1), et puisque le préteur s'est servi des mêmes mots, en ce qui touche l'*actio de effusis* (2), il résulte clairement, à mon avis, de l'édit lui-même que l'*actio de effusis* est *in bonum et æquum concepta*.

La partie de l'édit du préteur relative à l'*actio injuriarum* ne nous est pas complètement parvenue, mais on a essayé de reconstituer la formule de cette action d'après des textes de Paul et d'Ulpien insérés au Digeste. Ulpien, dans la loi 17, § 2, au titre *De injuriis* (3), s'exprime ainsi : « *Mela putat dandam mihi* » « *injuriarum adversus te, in quantum ob eam rem* » « *æquum judici videbitur.* » Ce sont des termes analogues que l'on retrouve dans deux textes de Paul (4). C'était sans doute une allusion à la rédaction même de l'édit, et il est à penser que pour l'*actio injuriarum* comme pour les trois autres, l'édit portait : « *quantum bonum æquum videbitur, condemnetur* », ou des expressions équivalentes. La formule a, du reste, été restituée par Lenel, de la façon suivante : « *quantam* » « *pecuniam vobis bonum æquum videbitur, ob eam rem* » « *N^m N^m A^o A^o condemnari* » (5), et les mots « *bonum æquum* » indiquent certainement autre chose qu'une action de bonne foi, puisque la formule de ces dernières ne renfermait que la clause « *ex fide bonâ* » (6).

(1) L. 3, *pr.*, D., *De sepulchro violato*, XLVII, 12.

(2) L. 1, *pr.*, D., *De his qui effuderint*, IX, 3.

(3) D., XLVII, 10.

(4) L. 18, *pr.*, D., *De injuriis*, XLVII, 10 : « *Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum æquum ob eam rem condemnari.* » — Cf., L. 34, *pr.*, D., *De obligationibus et actionibus*, XLIV, 7.

(5) LENEL, p. 321.

(6) GAI., COMM. IV, § 47.

La seule lecture des textes permet donc de vérifier l'exactitude de l'énumération donnée par Cujas et reprise depuis par tous les auteurs : sans doute, la terminologie romaine n'a pas toujours et rigoureusement été la même, mais je ne pense pas qu'il soit absolument nécessaire de chercher dans d'autres circonstances la preuve de l'existence du caractère anormal de ces actions, les fragments insérés au Digeste me paraissent suffisants pour l'établir (1). Il est utile, je suis le premier à le reconnaître, de ne pas se borner à cette simple vérification des textes, et de fixer d'une façon plus précise et, en quelque sorte, plus définitive, la liste de nos actions, en étudiant leurs effets et leurs caractères distinctifs, mais je pense que les expressions des jurisconsultes romains, que j'ai rapportées, sont un indice suffisant pour croire, à priori, en dehors de toute autre considération, à l'existence de cette classe particulière d'actions dans la procédure romaine.

3. — M. Accarias (2) y ajoute, avec raison, semble-t-il, une cinquième action dont Cujas n'avait pas fait mention : celle qui résulte du dommage causé à une personne libre par certains animaux placés sur la voie publique. On lit en effet au livre IV, titre IX, § 1^{er} des Institutes de Justinien, que les édiles avaient dans leur édit défendu de tenir certains animaux déterminés dans les lieux où l'on avait l'habitude de passer. En cas de contravention, si le dommage a été causé à un homme libre, le propriétaire de l'animal auteur du dommage est responsable et condamné à

(1) *Contra* : SAVIGNY, t. II, § 71, pp. 94 et 95.

(2) T. II, n^o 869, p. 1002, note 2.

payer à la victime une somme arbitrée par le juge *ex æquo et bono* (1). La loi 42, au Digeste, *De ædilitio edicto* (2), nous a du reste conservé le texte même de l'édit : « *Qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut*
« *cuiquam nocere damnumve dare possit; si adversus*
« *ea factum erit, et... si nocitum homini libero esse*
« *dicetur, quanti bonum æquum judici videbitur,*
« *condemnetur.* » Ces expressions, en tous points semblables à toutes celles que j'ai déjà rapportées, ne peuvent qu'indiquer une action spéciale, *in bonum et æquum concepta*. Je ne doute pas que cette action doive être comprise dans notre groupe; mais on peut s'expliquer facilement, à mon sens, son absence dans l'énumération classique : les circonstances dans lesquelles elle est accordée sont en effet analogues à celles dans lesquelles le prêteur délivre la formule de l'*actio de effusis* (3).

4. — Ce sont là les seules actions que les textes permettent de considérer comme *in bonum et æquum conceptæ*, et j'estime qu'en principe il est nécessaire de s'en tenir aux textes, et que les jurisconsultes romains n'auraient certainement pas manqué de signaler toutes les actions de ce genre qui auraient existé. On trouve pourtant dans le droit classique une action pour laquelle aucun texte n'indique le caractère d'« *in bonum et æquum concepta* », et qui faisait, probablement (il est impossible de rien affirmer en l'absence

(1) *Quod bonum et æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur* (Inst. Just., IV, 9, 1).

(2) D., XXI, 1.

(3) Toutes deux sont données à un homme libre blessé, et pour un dommage causé sur la voie publique.

de textes précis) partie de la classe d'actions qui fait l'objet de cette étude : c'est l'*actio de moribus mulieris*, action pénale, dirigée par le mari contre la femme, à l'occasion du divorce, et qui avait pour but de punir celle-ci à raison de ses fautes conjugales. L'un des caractères principaux des actions *in bonum et æquum conceptæ* est, on le verra plus loin, leur intransmissibilité active et passive. Elles ne sont jamais données aux héritiers, ni contre les héritiers. Or l'*actio de moribus* possède ce caractère : « *De moribus actio* » *« ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi »* (1). Ce ne serait pas là, je le reconnais, une raison suffisante pour la déclarer *in bonum et æquum concepta* (2), mais il y a, en ce qui la concerne, un autre motif qui paraît de nature à lui faire attribuer ce caractère. Elle fonctionne en effet, à la fin de la République romaine, comme une *actio contraria* de l'*actio rei uxoriæ* (3). La femme intentait contre son mari l'*actio rei uxoriæ*; de son côté, celui-ci agissait contre sa femme par l'*actio de moribus*, et les deux actions étaient soumises au même juge. Valère Maxime nous rapporte en ce sens un procès célèbre où Marius prononça ainsi un double jugement (4). On peut donc conjecturer que,

(1) L. 1, Cod. Théod., *De dotibus*, III, 13. — Cf., l. 5, *pr. D., De pact. dot.*, XXIII, 4.

(2) Nombre d'actions sont en effet intransmissibles, en droit romain.

(3) Cf., ESMEIN, p. 153; ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 78, note 4; — KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 219.

(4) VAL. MAX. VIII, 2, 3 : « *Cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem quam impudicam de industria duxerat, eo cri-*

à l'époque où l'*actio rei uxoriæ* était *in bonum et æquum concepta*, l'*actio de moribus*, sorte d'*actio contraria*, soumise au même juge, devait supposer chez celui-ci, comme l'*actio rei uxoriæ* elle-même, un pouvoir d'appréciation très étendu, et que dans toutes les deux le juge statuait *ex æquo et bono* (1). Cette remarque vient fortifier la présomption qui résultait de l'intransmissibilité de l'*actio de moribus*; je serais donc disposé à la considérer comme une action *in bonum et æquum concepta* (2) et à porter ainsi à six le nombre de nos actions; mais cette opinion, très vraisemblable, ne peut avoir, en l'absence de textes précis, que la valeur d'une conjecture. En tous les cas, l'action édilitienne *si verrem*, etc. et l'*actio de moribus mulieris* seraient les seules que j'ajouterais à la liste des actions *in bonum et æquum conceptæ*.

5. — M. Accarias semble aller plus loin (3). « Dans « la même catégorie, » dit-il, « je suis porté à croire « que l'on faisait rentrer toutes les actions populaires, « excepté celles où la loi elle-même fixait d'avance le « montant de la condamnation. » Il me paraît qu'il y a là une extension beaucoup trop grande donnée à notre groupe d'actions. L'éminent auteur, frappé, sans doute,

mine repudiatam, dote spoliare conaretur, sumptus inter eos judex, in conspectu habitæ questione, seductum Titinium monuit ut incepto desisteret, ac mulieri dotem redderet. Quod cum sapius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare, mulierem impudiciæ ream sestertio nummo, Titinium summæ totius dotis damnavit. » Cf. PLUTARQUE, Marius, c. 38.

(1) En ce sens, ESMEIN, p. 153, note 4; — KARLOWA, *op. cit.* II, p. 218.

(2) En ce sens, ESMEIN, p. 152, note 3.

(3) T. II, n° 869, p. 1002, note 2.

des très grandes ressemblances qui existent entre nos actions d'une part, et les actions populaires de l'autre, a été conduit à les ranger dans une même classe.

6. — Lorsqu'un délit ne blessait directement que des intérêts privés, c'était, à Rome, le particulier lésé qui poursuivait l'application d'une *pœna privata*. Mais quelques délits, tout en atteignant peut-être plus spécialement tel ou tel individu, affectaient dans une certaine mesure la société tout entière, sans pourtant être assez graves pour donner ouverture à l'accusation publique et aux *judicia publica*. C'était pour les délits de ce genre que les Romains avaient organisé la procédure des actions populaires. Entre les *crimina publica*, frappés de peines analogues aux peines prévues par les codes criminels modernes, et les *delicta privata*, punis de peines pécuniaires, s'élevant au simple, au double, au triple ou au quadruple du préjudice subi, les Romains avaient pensé qu'il y avait place pour un certain nombre de délits, à la répression desquels l'universalité des citoyens était intéressée (1). Il n'y avait pas, vu leur peu de gravité, d'autorité constituée, comices ou tribunaux permanents, chargée de les punir; d'autre part, l'action privée pénale ne trouvait pas forcément ici son application, puisqu'il se pouvait qu'aucun particulier n'ait été personnellement lésé, et comme il ne fallait pas que ces délits restassent sans répression, on s'adressait au peuple tout entier; chaque citoyen prenait en mains la cause de l'universalité: « *Reipublicæ interest, quam*

(1) Cf., sur cette distinction: RENCKER, *De la non-responsabilité conventionnelle*, thèse de doctorat, Dijon, 1894, n° 6, p. 12.

« plurimos ad defendendam suam causam admit-
« tere (1) : les actions populaires étaient ouvertes à
tous : « *In popularibus actionibus... quis, quasi unus*
« *ex populo igit* » (2). C'était par elles que le droit de
la communauté se trouvait protégé : « *Eam popula-*
« *rem actionem dicimus quæ suum jus populi tue-*
« *tur* » (3), ou, suivant la correction de Mommsen :
« *quæ suâ vi jus populi tuetur* » (4).

7. — Ce n'est pas ici le lieu d'aborder la difficile
question de savoir quelle est, au juste, l'origine des
actions populaires. Sont-elles l'application des inter-
dits donnés par le préteur à l'effet d'assurer aux
citoyens l'usage des choses publiques, et qui, eux aussi,
appartenaient à tous (5)? « Le particulier n'a, à la
« vérité », dit M. Maynz (6), « aucun droit précis et
« déterminé sur ces choses, mais si quelqu'un l'em-
« pêche d'en faire l'usage que la République permet à
« tous les membres de la communauté, il trouve pro-
« tection auprès du préteur. En agissant ainsi, dans
« son intérêt, il sauvegarde les intérêts de tous, les

(1) L. 4, D., *De operis novi nuntiatione*, XXXIX, 1.

(2) L. 43, § 2, D., *De procuratoribus*, III, 3.

(3) L. 1, D., *De popularibus actionibus*, XLVII, 23.

(4) Cf. sur les variantes de ce texte : SALEILLES, p. 23, note 4,
et les autorités citées; — également COLONIEU, *Les actions
populaires en Droit romain*, Thèse de doctorat, Lyon, 1888,
p. 17.

(5) Cf., sur le caractère populaire de ces interdits : L. un.,
p. 9, D., *Ne quid in flumine publico fiat*, XLIII, 13 : « *Hoc inter-*
dictum cuius ex populo competit. » Également l. 2, § 2, D.,
Ne quid in loco publico, XLIII, 8 : « *Tantum juris habemus*
ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum
habet. »

(6) MAYNZ, t. I, § 53, p. 531.

« droits de la communauté et de l'Etat (1) ». Les interdits auraient été la première protection donnée par le préteur, et comme le droit d'agir en justice, au cas de violation de l'interdit, aurait appartenu à tout citoyen, c'était là le germe des actions populaires. De même, dans les actions fondées, non plus sur un interdit, mais sur le texte même de l'édit, ou sur la loi elle-même, le demandeur n'aurait été que le représentant de l'Etat; il faisait valoir des droits appartenant au peuple, non à lui-même, pris en sa qualité d'individu. La représentation *pro populo*, admise au cas de *iudicium publicum*, aurait eu une seconde application au civil, « celle des actions populaires intentées par tout « citoyen, en vue sans doute de protéger son intérêt « particulier, mais aussi par voie de représentation de « l'intérêt général » (2). En ce cas, le demandeur, *procurator populi*, représentant de l'intérêt de tous, ne pourra poursuivre réparation qu'au nom de la communauté, et le montant de la condamnation ira à la communauté, c'est-à-dire au peuple Romain : « *Populo dare damnas esto* », disait la formule (3).

(1) Les interdits applicables aux *res publicæ* ne visent plus, à l'époque classique, que les choses à l'usage du public. Mais il dut y avoir un temps où le préteur avait institué des interdits très généraux. Labéon, cité par Ulpien (l. 2, § 3, D., *Ne quid in loc. publ.* XLIII, 13) définit les *loca publica* : « *publici loci appellatio quemadmodum accipiat ut et ad areas, et ad insulas et ad agros, et ad vias publicas itineraque publica pertineat.* » Cette définition très générale permet de comprendre dans les choses publiques même celles qui ne sont pas à l'usage de tous, au sens étroit du mot, puisqu'elle vise même les maisons et les champs. Cf. sur ce point SALEILLES, pp. 16 et suiv.

(2) SALEILLES, p. 15, note 1, *in fine*, et autorités citées.

(3) Cf., SALEILLES, p. 20, note 7. La *condemnatio* était, comme cela est la règle en matière de *procuratio*, prononcée au nom

Sont-elles, au contraire, une conséquence du lien de la gentilité ; sont-elles destinées à protéger cette « communauté indivise de droit » qui existe entre les membres de la *gens*, état en petit, « famille avec un caractère politique », dans laquelle on trouve, avant tout, le devoir de représentation juridique (1) ? Les biens de la *gens* auraient appartenu à tous les *gentiles*, et la *gens* étant une abstraction juridique, insaisissable à ces époques lointaines, chaque membre, pris comme individu et non plus comme représentant de la collectivité, pouvait intenter l'action : le fondement de l'action réside dans le droit propre de l'individu. Peut-être faudrait-il alors accorder au demandeur seul le bénéfice de la condamnation (2).

8. — Quoi qu'il en soit, il y a une idée absolument certaine, c'est que ces actions sont en dehors du patrimoine de chacun des citoyens, et qu'elles sont, comme les actions *in bonum et æquum conceptæ*, intransmissibles activement et passivement (3).

du demandeur ; c'est le demandeur, agissant *ex populari causâ*, qui, après la *litis contestatio*, est véritablement créancier (l. 12, § 1, D., *De verb. sign.*, L, 16) ; mais l'*actio judicati* appartient à la cité. — *Contra* : BRUNS, *Kleinere Schriften*, I, p. 336. D'après cet auteur, la *condemnatio* aurait été rédigée au nom du peuple.

(1) VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. I, § 17.

(2) BRUNS, *Popularklagen* (Klein. Schrift., I, p. 351) n'accorde au demandeur le bénéfice de la condamnation que lorsqu'il s'agit d'une action créée par le prêteur et figurant dans l'édit. Ce sont là, pour lui, les seules véritables actions populaires. — Cf. SALEILLES, p. 33.

(3) Toutes ces conséquences ne sont vraies, du reste, qu'avant la *litis contestatio*. GAI., Com. III, § 180 ; -- Inst. Just., IV, 12, 1, *in fine*.

La loi 8, au Digeste, *De pop. act.* (1) est formelle quant à l'intransmissibilité passive : « *Omnes populares actiones neque in heredes dantur...* »

L'intransmissibilité active n'est pas, il est vrai, aussi clairement établie, et l'on pourrait soutenir que les actions populaires peuvent être exercées par les héritiers du demandeur. Mais ce n'est là qu'une simple apparence. Les actions populaires ne font partie du patrimoine du particulier qui les intente, qu'après la *litis contestatio* ; si le demandeur vient à mourir avant cette *litis contestatio*, c'est-à-dire avant la création à son profit d'un droit de créance véritable, l'héritier pourra bien continuer l'instance engagée par son auteur, mais il le fera à titre de citoyen et non à titre héréditaire. Je sais bien que si l'on admettait la théorie d'Ihering, cette idée serait moins évidente, puisque c'est comme membre de la *gens*, et, d'une façon plus générale, de l'Etat, que le demandeur agit, que c'est un droit propre qu'il fait valoir. Mais cette thèse fût-elle exacte, il n'en serait pas moins vrai que, si ce droit est propre à chacun des *gentiles*, des citoyens, si le demandeur n'est pas le représentant de l'intérêt général, et s'il défend plutôt son intérêt particulier, il ne possède ce droit que comme membre de la collectivité. Le demandeur n'est pas alors, en d'autres termes, le représentant du peuple, pris comme personne morale, distincte de la personne de chacun des citoyens, il agit comme faisant partie du peuple, dont l'intérêt a été violé. Il y a là la différence qui existe entre le représentant d'une société personne morale et l'associé agissant comme membre d'une société dépourvue

(1) XLVII, 23.

de la personnalité. Or, en cette dernière hypothèse, j'admets bien que le fait qui viole le droit de la société viole le droit de l'associé lui-même, mais il ne s'ensuit pas que l'associé ait un droit exclusif à poursuivre la réparation du dommage causé. Dans une législation comme la législation romaine, qui ne considère le droit comme déduit en justice qu'après la *litis contestatio*, ce ne sera qu'après ce moment précis de la procédure que naîtra un droit exclusif au profit du demandeur, c'est ce droit exclusif qui sera compris dans son patrimoine et transmissible aux héritiers.

La loi 7 *pr.*, au Digeste, *De pop. act.*, semble, du reste, fournir un argument de texte à l'appui de l'intransmissibilité active (1). Elle statue dans l'hypothèse d'un fidéicommiss et elle décide que les actions populaires ne passent pas au fidéicommissaire. Or le fidéicommissaire avait, sous la forme utile, en vertu du sénatusconsulte Trébellien, les actions qui appartenaient au défunt, et l'on ne voit pas pourquoi, si les actions populaires avaient été transmissibles à l'héritier légitime ou testamentaire, le fidéicommissaire, qui était *loco heredis*, n'aurait pas bénéficié ici d'un droit qui lui était accordé en toutes autres hypothèses (2).

9. — Les actions populaires étaient donc activement

(1) Cette loi est ainsi conçue : « *Populares actiones non transeunt ad eum cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto* »

(2) C'est du moins l'explication que je donne de ce texte. Il ne serait que l'application de la règle de l'intransmissibilité active des actions populaires, et se rapporterait au temps qui précède la *litis contestatio*. Les actions ne passeraient pas au fidéicommissaire, *jure hereditario*, mais elles pourraient être intentées par lui, *jure publico*, comme par tout citoyen.

et passivement intransmissibles, et comme, d'autre part, elles ne faisaient pas partie du patrimoine, elles présentaient une très grande ressemblance avec les actions *in bonum et æquum conceptæ*. Et c'est sans doute cette communauté de caractères qui a conduit M. Accarias à comprendre dans le groupe des actions *in bonum et æquum conceptæ* toutes les actions populaires dans lesquelles la loi n'avait pas fixé d'avance le montant de la condamnation.

10. — Il est bien évident que si la loi ou le préteur ont déterminé à l'avance et d'une façon invariable le montant de la condamnation, il ne peut être question d'actions *in bonum et æquum conceptæ*, puisque, dans celles-ci, le juge doit statuer *ex æquo et bono*, avec la liberté la plus absolue d'appréciation. Mais j'estime que, même restreinte à ces limites, la théorie de M. Accarias est inadmissible : le caractère d'action populaire et celui d'action *in bonum et æquum conceptæ* me paraissent inconciliables.

11. — Que les actions populaires soient intransmissibles, cela ne peut suffire pour les considérer comme *in bonum et æquum conceptæ*, puisque les actions pénales, les actions *vindictam spirantes* le sont également et que pourtant il n'est pas question de leur attribuer le caractère exceptionnel dont il s'agit. Mais si l'on ajoute à cela le fait qu'elles sont aussi extrapatrimoniales, les conclusions de M. Accarias semblent logiquement déduites. Mais ce n'est là qu'une apparence. Il est incontestablement vrai de dire que ces deux classes d'actions sont toutes deux extrapatrimoniales, mais elles le sont dans des sens absolument opposés. Les actions *in bonum et æquum conceptæ* ne font pas partie du patrimoine, mais elles sont nées

dans une personne déterminée, attachées à un individu pris comme être physique et non comme être juridique, indépendantes par conséquent de son patrimoine; les actions populaires, au contraire, ne naissent pas dans une personne déterminée, elles appartiennent à celui qui veut bien les intenter, elles ne sont pas dans un patrimoine particulier, parce qu'elles sont dans le patrimoine de tous.

12.— Il semble pourtant résulter de la loi 3, § 12 au Digeste, *De sepulchro violato* (1), que l'*actio sepulchri violati*, qui est certainement une action *in bonum et æquum concepta*, soit aussi une action populaire: « *Hæc actio popularis est* », nous dit cette loi. Il n'y aurait donc aucune opposition réelle entre ces deux caractères: populaire et *in bonum et æquum concepta*. Mais les termes de la loi ne sont pas aussi généraux qu'ils le paraissent, et il s'agit, à mon avis, au § 12, d'une *actio sepulchri violati* toute différente de celle que j'ai signalée dans mon énumération. La loi 3 est en effet le développement de l'Edit du préteur rapporté au *principium*. Or cet édit est ainsi conçu « *Cujus « dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in « eum in factum judicium dabo: ut ei ad quem per- « tineat, quanti ob eam rem æquum judici videbitur, « condemnetur.* » Il s'agit bien ici d'une action *in bonum et æquum concepta* individuelle, donnée à l'intéressé: « *ei ad quem pertineat.* » Mais il peut arriver que le titulaire du *jus sepulchri* ne veuille pas ou ne puisse pas agir, et le préteur ajoute: « *Si nemo erit ad « quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere « volet, ei centum aureorum judicium dabo.* » Tous

(1) XLVII, 12.

ceux qui le voudront pourront intenter l'action, elle devient populaire, mais elle cesse d'être *in bonum et æquum concepta*, puisque la condamnation est fixée d'avance par le prêteur et qu'elle est inflexible, insusceptible de se plier aux variations imposées par le *bonum æquum*. C'est à cette hypothèse que se rapporte, à mon sens, le § 12 de la loi 3 ; ce texte n'infirme donc nullement l'idée que j'ai émise et il ne démontre pas l'existence d'actions populaires *in bonum et æquum conceptæ*.

13. — Mais reste l'*actio de effusis* : « *est pœnalis et popularis* », dit la loi 5, § 5, Dig., *De his qui effud.* (1), « *ista autem actio popularis est* », dit aussi le § 13 de la même loi. Nous nous trouverions en présence d'une action *in bonum et æquum concepta* populaire. La partie lésée aurait l'action concurremment avec tous les membres de la cité, elle n'aurait qu'un seul avantage, ce serait d'être préférée à ceux qui se présenteraient en même temps qu'elle pour l'intenter (2).

Le § 13 doit être avant tout écarté du débat. Ulpien, dans le § 6, rapporte l'Edit du prêteur relatif non plus à l'*actio de effusis*, mais à l'*actio de positis et suspensis*. Au lieu de supposer un objet tombé ou jeté dans la rue, on le suppose placé de telle façon qu'il soit sujet à tomber, le prêteur donne alors une action de dix *solidi* contre celui qui l'avait ainsi placé. Les §§ 7 à 13 sont le développement du § 6, et le

(1) IX, 3.

(2) Ce serait l'application de la loi 3, § I, Dig., *De pop. act.*, XLVII, 23 : « *In popularibus actionibus is cuius interest præfertur.* »

§ 13 lorsqu'il dit « *ista actio popularis est* » parle de l'*actio de positis et suspensis* qui n'est certainement pas une action *in bonum et æquum concepta*, puisque le prêteur fixe d'avance le montant de la condamnation (1).

Le § 5 est relatif à l'*actio de effusis*. Il est vrai que les mots « *nam est pœnalis et popularis* » sont placés par Ulpien à la suite d'une phrase, dans laquelle il nous parle de l'*actio de effusis* donnée au cas de mort d'un homme libre; or, en cette hypothèse, l'*actio de effusis* n'est pas *in bonum et æquum concepta*, l'Edit du prêteur porte en effet : « *Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo* » Mais la difficulté n'est que reculée, car le § 5 ajoute : « *Si libero nocitum sit* », ce qui est bien l'hypothèse de l'*actio de effusis in bonum et æquum concepta*, « *ipsi perpetua erit actio; sed si alius velit experiri, annua erit hæc actio.* » La partie lésée semble donc n'avoir qu'un droit de préférence, puisque toute autre personne peut, si elle le veut, intenter l'action (2). C'est à ce seul fragment que se ramènent, d'après moi, les textes que l'on peut invoquer en faveur de l'opinion de M. Accarias, et j'avoue qu'il est embarrassant. Cependant j'ai dit et j'aurai à revenir sur ce point que l'un des caractères essentiels de nos actions était d'être individuelles, de ne pouvoir être intentées que par une personne déterminée, de ne pas

(1) « *Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo.* » (L. 5, § 6, D., *De his qui eff.*, IX, 3.)

(2) Tant qu'il n'y a pas eu *res in iudicium deducta*, c'est-à-dire *litis contestatio*, car elle serait alors repoussée par une exception.

exister pour ainsi dire en dehors d'elle, naissant dans un individu et mourant avec lui, et c'est pourquoi, rationnellement, j'ai été conduit à décider que les actions populaires ouvertes à tous, essentiellement extérieures à l'individu, ne pouvaient pas être *in bonum et æquum conceptæ*. Or, de tous les textes qui paraissent contredire cette assertion, il n'y en a, à ma connaissance, qu'un seul, celui que je viens de citer, qui puisse être sérieusement pris en considération. Mais ce n'est, en tous les cas, qu'un texte exceptionnel, et il ne me semblerait pas possible de l'étendre et de conclure de ce fait qu'il existerait une action, l'*actio de effusis*, populaire et *in bonum et æquum concepta*, que toutes les actions populaires sont *in bonum et æquum conceptæ*, quand ces deux caractères sont, je crois l'avoir démontré, rationnellement inconciliables. Le prêteur a pu, ici, s'écarter des règles ordinaires; il a pu, étant donnée l'importance très variable du délit et du dommage, ne pas fixer d'avance le montant de la condamnation et laisser au juge une très grande liberté d'appréciation. C'est en cela que l'on peut, dans une certaine mesure, considérer cette action comme *in bonum et æquum concepta*; c'est cette idée que le texte a sans doute voulu exprimer, mais l'*actio de effusis* ne demeure pas strictement *in bonum et æquum concepta*, puisqu'elle cesse d'être individuelle. Le jurisconsulte Ulpien, en disant au § 5 *in fine* « *ex bono et æquo oritur* », n'avait sans doute en vue que la latitude exceptionnelle donnée au juge de l'action. Il y aurait, dans le § 5, deux actions *de effusis*, l'une réservée à la victime, l'autre populaire si la victime elle-même n'agit pas. La première n'est pas populaire, car les actions populaires sont toutes annales, « *non supra annum*

extenduntur » (1), et celle-ci est perpétuelle. Toutes deux sont jugées *ex æquo et bono*, c'est leur caractère commun, mais une seule est véritablement *in bonum et æquum concepta*, et elle n'est pas populaire.

14. — Je crois donc que les actions populaires (2) ne peuvent pas être mises au nombre des actions *in bonum et æquum conceptæ*. Une action ne peut pas naître populaire *in bonum et æquum concepta*, elle peut seulement naître *in bonum et æquum concepta* et devenir populaire. Il peut y avoir entre ces deux classes d'actions des caractères communs, mais ils dérivent de principes opposés. Dire que les actions populaires sont *in bonum et æquum conceptæ*, c'est ou bien vouloir les assimiler complètement, mais je signalerai dans le cours de ce travail que, malgré tout, des différences subsistent entre elles (3), ou bien vouloir indiquer seulement qu'il y a certaines actions populaires où le juge possède, pour l'évaluation du dommage, un pouvoir d'appréciation aussi étendu que dans les actions *in bonum et æquum conceptæ*, mais c'est alors oublier que la latitude exceptionnelle du juge ne suffit pas à caractériser ces actions. Nous sommes en présence d'actions d'une nature essentiellement distincte; il me paraît impossible de les comprendre dans un même groupe. N'y eût-il eu, du reste, en jeu, qu'un intérêt de terminologie, il était, à mon avis, nécessaire de fixer avec précision et exactitude le nombre de nos actions. Il y en a certainement cinq :

(1) L. 8, D., *De pop. act.*, XLVII, 23.

(2) J'entends par là les actions populaires où la loi n'a pas fixé d'avance le montant de la condamnation.

(3) V. *infra*, n° 29 et n° 35, et les notes qui s'y réfèrent.

l'*actio injuriarum*, l'*actio sepulchri violati*, l'*actio de effusis*, l'action édilitienne *si verrem*, etc., l'*actio rei uxoriæ*, et je n'hésiterais pas, pour ma part, à en ajouter une sixième, l'*actio de moribus mulieris*.

SECTION II

THÉORIE JURIDIQUE DES ACTIONS **in bonum et æquum conceptæ**

15. — Il faut, avant d'aborder cette théorie, se mettre en garde contre une confusion dangereuse. La formule des actions de bonne foi renfermait, je l'ai dit, la clause « *ex fide bonâ* » ; celle des actions *in bonum et æquum conceptæ* renvoyait expressément au *bonum æquum* et contenait les mots « *æquius melius* » (1). On pourrait, dans ces conditions, être tenté de confondre la clause *æquius melius* avec la clause *ex fide bonâ*, et d'assimiler par conséquent les actions de bonne foi et les actions *in bonum et æquum conceptæ*.

A première vue, cette idée semble justifiée par un

(1) Cf., CICÉRON, *De officiis*, III, 15 : « *Judiciis in quibus additur..., in arbitrio rei uxoriæ melius æquius*; — *Topiques*, 17 : *In arbitrio rei uxoriæ, in quo est æquius melius* ; — cf. également BOËCE, *ad Cic. Top.*, pp. 378, 25 : « *Est autem judicium uxoriæ rei, quotiens post divortium de dote contentio est..... Quæ quidem dos interdum his conditionibus dari solebat, ut, si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius æquius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori, id est, ut quod ex dote judicatum fuisset melius æquius esse ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset æquius melius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet.* »

texte des Institutes. Justinien, au § 29, *De actionibus* (1), lorsqu'il abroge l'*actio rei uxoriæ*, nous rappelle qu'elle était de bonne foi : « *Fuerat antea et rei uxoriæ actio, una ex bonæ fidei judiciis.* » Je crois, au contraire, que si, à l'époque de Justinien, l'*actio rei uxoriæ* faisait partie des actions de bonne foi, il n'en était pas de même autrefois : elle n'est pas, en effet, comprise dans les énumérations des actions de bonne foi que nous ont laissées Cicéron (2) et Gaïus (3). Cette absence est d'autant plus curieuse et d'autant plus significative, que Cicéron venait de parler de l'*actio rei uxoriæ* quelques lignes auparavant (4) et que, d'autre part, c'est Gaïus lui-même qui, dans la loi 8, au Digeste, *De cap. min.*, IV, 5, nous déclare que la formule de cette action était *in bonum et æquum concepta*.

16. — Il est vrai que, sans aller jusqu'à confondre ces deux classes d'actions, certains jurisconsultes ne voient entre elles qu'une différence de degré dans la latitude accordée au juge. « Si, » dit M. de Savigny (5), « les Institutes rangent parmi les *actiones bonæ fidei* « l'*actio rei uxoriæ*, qui, à cause de ces mots : *æquius melius*, était *in bonum et æquum concepta*, il n'y a là « aucune contradiction. En effet, toutes les règles relatives aux *actiones bonæ fidei* trouvaient ici leur application, sauf une plus grande liberté du juge. » Il faut avouer que cette interprétation semble d'accord avec ce passage de Boèce : « *in quo iudicio non tan-*

(1) IV, 6.

(2) *Top.* 47.

(3) *GAI.*, Comm. IV, § 62.

(4) V. *supra*, p. 23, note 1.

(5) T. II, § 71, p. 93, note g.

« *tum boni natura spectari solet, verum etiam compa-*
« *ratio bonorum fit, ut non tam quod bonum sed quod*
« *melius æquiusque est, id sequendum sit* » (1). Les ac-
tions *in bonum et æquum conceptæ* seraient, si l'on peut
ainsi dire, des actions de meilleure foi que les autres.

J'estime pourtant que ces deux qualités sont incom-
patibles, et j'en trouve la preuve dans le caractère
même de la division des actions en *actiones bonæ fidei*
et *actiones stricti juris*. Ce n'est pas là une *summa di-*
visio; elle ne concerne que des actions civiles, nées *ex*
contractu ou *quasi ex contractu*, et dont les formules
sont *in jus conceptæ* (2). Or, si je laisse de côté l'*actio*
rei uxoriæ, dont le caractère pénal originaire peut être
mis en doute, il est certain que toutes les autres
actions de notre groupe sont prétoriennes, *in factum*,
nées *ex delicto* ou *quasi ex delicto*. Elles échappent
donc à la division en actions de bonne foi et actions de
strict droit : les actions *in bonum et æquum conceptæ*
ne peuvent pas être *bonæ fidei*; il n'y a pas seulement
entre elles une différence de degré, mais une véritable
incompatibilité.

17. — Les particularités que présentent nos actions
peuvent se ramener à deux principales : 1^o la latitude
exceptionnelle du juge; 2^o leur caractère strictement
individuel.

A. — LATITUDE EXCEPTIONNELLE DU JUGE

18. — Au point de vue de la latitude laissée au
juge, le droit romain distinguait trois degrés.

(1) *Ad Cic. Top.*, p. 378, 25.

(2) Cf, MAYNZ, t. II, § 195; — ACCARIAS, t. II, n^o 868, pp. 997
et suiv.

Les *judicia stricti juris* ne laissaient aucune place à l'arbitraire; le préteur fixait dans la formule la somme dont le juge devait ordonner le paiement; le juge ne pouvait ni l'augmenter ni la diminuer, son choix était limité entre deux partis : condamner d'après la formule ou absoudre et rejeter la demande (1).

Dans un second groupe d'actions, la formule ne fixait, au contraire, aucune somme, elle abandonnait la détermination du chiffre de la condamnation à la prudence du juge : celui-ci statuait *ex fide bonæ*, d'après l'équité et l'usage des honnêtes gens. C'étaient les *actiones bonæ fidei* et les *actiones arbitrarie* (2).

Si dans les *judicia* proprement dits, c'est-à-dire dans les actions de strict droit, le jugement était simple et rigoureux, en ce sens que le juge, étroitement lié par la formule, devait décider par oui ou par non, si, en d'autres termes, suivant l'expression de Cicéron (3), tout y était : *directum, asperum, simplex*; dans les *arbitria*, c'est-à-dire dans les actions de bonne foi, le juge, l'*arbiter*, avait un certain pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation et l'évaluation des droits des parties : « *Quid in arbitrio? mite, mo-*

(1) Tout au moins quand il s'agissait d'un *certum*. Certains auteurs ont du reste soutenu que l'existence d'un *certum* était la condition essentielle et le caractère distinctif des actions *stricti juris* (Cf., MAYNZ. t. I, p. 525, Observation, et t. II, § 195).

(2) Inst. Just., IV, 6, 30 : « *In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat.* » — IV, 6, 31 : « *In his actionibus (arbitrariis) permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de quâ actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.* »

(3) *Pro Roscio com.*, 4.

deratum, quantum æquius melius » (1). A l'origine, en effet, l'existence du *certum* était le critérium de la distinction entre les *judicia* et les *arbitria* (2). On comprend alors que le juge qui, dans le premier cas, n'avait qu'à examiner la question de savoir si la *res certa* était due, devait apprécier, dans le second, l'étendue de l'obligation et fixer le montant de la condamnation. Il fallait donc lui laisser une certaine latitude, un pouvoir arbitraire d'appréciation, et c'est pourquoi ce juge était appelé *arbiter* et ses jugements *arbitria* ; ces *arbitria* furent l'origine des *actiones bonæ fidei*.

Les Institutes nous signalent, je l'ai indiqué, à côté d'elles les *actiones arbitrariæ*. Leur formule renfermait ordinairement la clause *nisi restituat* (3). Si la prétention du demandeur est reconnue exacte, le juge constate son droit dans un premier jugement : la *pronuntiatio* ; ce jugement est accompagné d'un *arbitrium* et d'un *jussus*. Le *jussus* est l'ordre de donner satisfaction au demandeur, matériellement, en nature, et la forme de cette satisfaction dépend de l'objet même de la demande : c'était dans l'*arbitrium* que le juge déterminait *ex æquo et bono* les restitutions à opérer, les satisfactions à fournir.

Mais à côté de ces actions *bonæ fidei* et *arbitrariæ*, il y avait place pour des actions indépendantes, *in bonum et æquum conceptæ*, dans lesquelles la mesure de la condamnation était placée dans l'arbitraire le plus

(1) CICÉRON, *loc. cit.*

(2) CICÉRON, *loc. cit.* « *Aliud est iudicium, aliud arbitrium ; iudicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ.* »

(3) Inst. Just. IV, 6, 31. — Gai. Comm. IV, § 47.

complet du juge (1). « Dans les actions de bonne foi », dit fort justement M. de Savigny (2), « le juge est lié » par l'objet même de la demande, et le montant de la « condamnation ressort nécessairement du prix courant des choses. Si donc la somme n'est pas fixée par le prêteur, mais par la nature du litige, il faut admettre que deux juges également expérimentés devront fixer le même chiffre. Les actions qui nous occupent, » ajoute-t-il, « ont un caractère tout différent. Ici le juge n'est lié ni par le prêteur, ni par l'objet de la demande ; son indépendance est tellement illimitée, qu'il est possible que deux juges, également intègres, également éclairés, fixent différemment le montant de la condamnation. » La décision finale dépend du juge, en ce que le contenu de la prestation doit être fixé par le jugement équitable. C'est ce pouvoir très large que la formule indiquait en renvoyant au *bonum æquum*, et que Cicéron signalait par ces mots : *æquius melius*. Sans doute, il est vrai de dire que si cette appréciation est vraiment illimitée dans certaines de nos actions, notamment dans l'*actio injuriarum*, où la détermination de la somme repose sur un sentiment subjectif, personnel, il y en a d'autres où l'indemnité paraît, dans une certaine mesure, être déterminée : dans l'*actio rei uxoriæ* elle est déterminée par la dot (3). Mais toutes suppo-

(1) Cf., WINSCHIED, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, I, p. 46, note 4, *in fine* ; — cf., également, KELLER, *Actions*, p. 88, note 117.

(2) T. II, § 74, p. 92.

(3) Peut-être n'est-ce là qu'une idée récente dans le Droit romain. A l'origine, il est permis de penser que l'indemnité était fixée *ex æquo et bono*, avec l'arbitraire le plus complet, par le juge de l'*arbitrium rei uxoriæ*.

sent chez le juge un pouvoir d'appréciation très étendu (1).

19. — Ce n'était pas là, du reste, un caractère essentiellement propre aux *actiones in bonum et æquum conceptæ* : on trouve en Droit romain quelques actions où se rencontrait également cette latitude considérable du juge. La loi 14, § 6, au Digeste, *De religiosis*, XI, 7, nous dit, en effet : « *Hæc actio, quæ funeraria dicitur, ex bono et æquo oritur* » ; et dans la suite du texte, le jurisconsulte Ulpien définit ce qu'il faut entendre par *æquum* : « *Æquum autem accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causâ, ex tempore, ex bonâ fide* » (2). Il semblerait même que cette action fût, d'après les termes mêmes de la loi 14, *in bonum et æquum concepta* ; mais, outre que nul texte ne nous indique en ce qui la concerne ce caractère particulier, nous savons par l'Édit lui-même, rapporté à la loi 12, § 2, *hoc tit.* (3), que sa formule ne contenait pas ces expressions.

Il en est de même des actions alimentaires entre proches parents : le magistrat (4) appelé à apprécier

(1) Cf., sur ce point : L. 1 *pr.*, D., *De his qui eff.*, IX, 3. — L. 42, D., *De æd. ed.*, XXI, 1. — L. 3 *pr.*, D., *De sep. viol.*, XLVII, 12, et d'une manière générale, toutes les lois citées dans la section I pour l'énumération des *act. in b. et æq. conceptæ*. — Cf., également L. 6, § 2, D., *De jure dotium*, XXIII, 3. — Cf., WINSCHEID, *op. cit.*, t. II, p. 254, note 5. Cet auteur oppose l'*arbitrium boni viri* à l'*arbitrium* simple.

(2) L'*actio funeraria* est une application spéciale de l'*actio negotiorum gestorum* ; on s'explique ainsi facilement qu'elle découle de l'équité.

(3) *Prætor ait : Quod funeris causâ sumptus factus erit, ejus recuperandi nomine, in eum ad quem ea res pertinet, judicium dabo.*

(4) C'était en effet par voie de *cognitio extraordinaria* que l'on connaissait de ces actions.

les besoins du demandeur et les facultés du défendeur, doit avoir évidemment plus de latitude que dans les autres actions. C'est ce qui résulte clairement de la loi 5, § 2, au Digeste, *De agnoscendis* (1) : « Cum
« ex æquitate hæc res descendat, caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet » (2).

Cette grande indépendance du juge se retrouve encore dans la *querela inofficiosi testamenti*, c'est-à-dire l'action par laquelle certaines personnes appelées à une succession légitime et dépouillées sans cause sérieuse par un testament, pouvaient le faire rescinder. Il faut qu'il y ait eu, de la part du testateur, oubli de l'*officium pietatis* ; il est donc nécessaire d'apprécier les motifs de la plainte, d'examiner la conduite tenue par le réclamant envers le testateur et, d'une façon plus générale, la moralité du demandeur : il est certain qu'en pareille matière il ne pouvait y avoir des règles précises. Mais j'ajoute que la quotité de la condamnation est déterminée d'avance et que ce n'est pas en ce qui la concerne que s'exerce le pouvoir arbitraire du juge saisi de la *querela*, puisque, dans ses effets tout au moins, cette action est, si l'on va au fond des choses, une véritable pétition d'hérédité, et que le *querelans* qui triomphe est saisi de plein droit de l'universalité du patrimoine (3).

Cependant ni les actions alimentaires, ni l'*actio funeraria*, ni la *querela* ne sont signalées par les textes comme *in bonum et æquum conceptæ*, et en ce qui

(1) XXV, 3.

(2) Cf., l. 5, §§ 7 et 10, D., *eod. tit.*

(3) Cf., l. 8, § 16, D., *De inoff. test.*, V, 2.

touche plus particulièrement la *querela*, la remarque que je viens de faire empêche de la considérer comme telle, bien qu'elle présente, nous le verrons, d'autres ressemblances avec notre groupe d'actions (1).

B. — CARACTÈRE STRICTEMENT INDIVIDUEL

20. — Le second caractère des *actiones in bonum et æquum conceptæ* est d'être individuelles, et « il faut « entendre par là qu'elles sont attachées, non pas à « la personne juridique de l'ayant-droit, mais à son « individualité physique » (2). Il faut, pour être titulaire de ces actions ou atteint par elles, être une personne physique, et cette qualité suffit. Il résulte de là trois conséquences principales : la première, c'est qu'elles appartiennent même aux fils de famille ; la seconde, qu'elles ne passent pas aux héritiers ni contre eux : la troisième, enfin, qu'elles survivent à la *capitis deminutio*. J'étudierai successivement ces trois points.

I. — Capacité juridique

21. — D'abord ces actions échappent aux règles restrictives de la capacité juridique. Je crois nécessaire de résumer brièvement les règles de la capacité du *filiusfamilias* au point de vue de l'action en justice.

22. — Il est certain, d'une part, que, soit comme demandeur, soit comme défendeur, il peut figurer dans

(1) GIDE, p. 519, semble admettre que les actions alimentaires et la *querela* font partie des *act. in b. et æq. conceptæ*.

(2) GIDE, p. 519.

l'instance au nom de son père, lorsqu'il a reçu de lui une *procuratio*; ce sont les règles ordinaires de la représentation en justice (1). Le père désigne son fils comme *procurator*, aux lieu et place d'un étranger; c'est en qualité de *procurator*, non en qualité de *filiusfamilias* qu'il agit.

23. — Mais d'autre part, il est non moins certain, puisque le *filiusfamilias* peut s'obliger par ses contrats et par ses délits (2), que ses créanciers ou les personnes victimes du dommage causé par lui, ont le droit de réclamer satisfaction. Le *filiusfamilias* peut donc figurer, comme défendeur, en son nom personnel, dans une instance (3). J'ajoute immédiatement, du reste, que, le fils n'ayant aucun patrimoine propre, le droit de poursuite était en quelque sorte théorique et ne pouvait pas être utilisé. Mais le droit civil, d'une part, le droit prétorien, de l'autre, avaient apporté des remèdes à cette bizarre situation. L'action née du délit commis par le fils était, en vertu du droit civil lui-même, donnée *noxaliter* contre le père (4), et le préteur créa en matière de contrats les *actiones adjectitiæ qualitatis*, notamment l'*actio de peculio* et l'*actio de in rem verso*. Il résulta de la combinaison des deux théories qu'au cas de délit, la victime pouvait ne pas se contenter de l'action noxale et intenter utilement une action contre le *filiusfamilias* lui-même. En effet, au moment de la *litis contestatio*, le défendeur cesse d'être obligé *ex*

(1) Cf., l. 8 et l. 33, D., *De proc.*, III, 3.

(2) Pourvu, en ce qui concerne les délits, qu'il soit *doli capax*, c'est-à-dire, *pubertati proximus*.

(3) Cf., l. 57, D., *De judiciis*, V, 1.

(4) Je me place avant Justinien. Sous ce prince, l'*abandon noxal* est supprimé pour les personnes libres.

delicto : « *incipit teneri litis contestatione*. » L'obligation primitive, dont la cause était illicite et n'autorisait contre le père de famille qu'une action noxale, a disparu ; le fils est tenu maintenant, en vertu d'une sorte de contrat judiciaire, et l'*actio judicati* pourra, par suite, être donnée *de peculio* contre le père comme toute action née d'un contrat (1). La réforme du préteur, relative seulement aux obligations contractuelles, avait donc, en ce qui concerne les fils de famille, et par le seul jeu des principes de la *litis contestatio*, rendu pratiquement efficaces des actions qui, autrefois, n'avaient qu'une existence théorique, et donné aux personnes lésées par les délits des fils de famille le choix entre l'action directe et l'action noxale. Sur tous ces points, nos actions suivaient les règles générales.

24. — Mais il me reste à me demander si le fils de famille peut agir comme demandeur en son nom propre. Le principe ne fait aucun doute : le fils de famille n'est pas propriétaire, n'est pas créancier, il acquiert pour son père, c'est le père qui agit. Que le fils ait contracté, ou qu'il ait été victime d'un délit, c'est le *paterfamilias* seul qui a le droit d'intenter l'action (2). C'est ici que nous allons constater la nature anormale des actions *in bonum et æquum conceptæ* ; le fils de famille peut les intenter en son nom personnel. La loi 8, au Digeste, *De Proc.* (3) indique d'une manière très vague et très générale l'existence

(1) Cf., l. 35, D., *De nox. act.*, IX, 4, et l. 3, § 11; D., *De peculio*, XV, 4.

(2) Le fils ne pouvait même pas figurer dans une *in jure cessio*, parce que c'était la fiction d'un procès. Cf., GAI., *Comm.* II, § 96.

(3) III, 3.

de certains cas exceptionnels : « *Si quæ sit actio quâ ipse experiri potest* » nous dit-elle en parlant du fils de famille. C'est la loi 9, D., *De oblig. et act.* (1), qui nous en donne l'énumération, et Paul, rapportant l'opinion de Julien, ne cite que quatre actions : *injuriarum, quod vi aut clam, depositi et commodati*. Seule parmi elles, l'*actio injuriarum* est *in bonum et æquum concepta*. Il est vrai que la loi 13, au même titre, s'exprime d'une façon beaucoup plus compréhensive : « *In factum actiones etiam filii familias possunt exercere.* » On pourrait entendre la phrase, en ce sens que les fils de famille pourraient intenter toutes les *actiones in factum*, et c'est ainsi que s'expliquerait l'anomalie pour la plupart de nos actions. Je ne crois pas qu'il en soit ainsi : la vérité est que les actions qui, exceptionnellement, peuvent être intentées par le fils de famille, ne peuvent l'être que si leur formule est *in factum concepta*. C'est la condition *sine quâ non* du droit d'agir accordé au fils de famille (2). S'il avait été question, en effet, d'une formule *concepta in jus*, où le demandeur était représenté comme investi d'un droit, il est bien évident que le *filiusfamilias* n'aurait pas pu agir comme demandeur puisqu'il n'a pas de droits, pas de patrimoine. Il est donc nécessaire pour que le fils puisse figurer dans un procès comme demandeur, que la formule soit conçue *in factum*. En d'autres termes, le fils de famille ne peut

(1) XLIV, 7.

(2) Cf., VON IHERING, *Actio injuriarum*, p. 57 et suiv. — SAVIGNY, t. II, § 71, p. 102, note s ; — MAYNZ, t. I^{er}, § 45, p. 503, note 9, et t. III, § 330, p. 100 ; — ACCARIAS, t. II, n° 794, p. 793, texte et note 1.

intenter qu'une *actio in factum*, mais toutes les *actiones in factum* ne lui sont pas ouvertes.

25. — Mais, si je ne crois pas que l'on doive donner à la capacité du *filiusfamilias* une extension aussi grande que celle que je viens de repousser, je n'estime pas non plus que les actions qu'il peut intenter *suo nomine* se réduisent aux quatre actions de la loi 9. M. de Savigny explique le caractère incomplet de l'énumération en disant : « Sans doute, pour les quatre actions dont « parle Julien, le principe a été généralement reconnu « plus tôt que pour les autres » (1). Je ne nie pas l'exactitude de cette assertion, mais je pense qu'il est nécessaire de la préciser davantage et de rechercher pourquoi ces quatre actions, en apparence si dissemblables, ont été mises sur la même ligne, et, en vertu de la raison même de cette assimilation, de déterminer les limites exactes de cette capacité exceptionnelle du *filiusfamilias*.

« Le motif, pour lequel on accordait au fils de famille les quatre actions dont il s'agit, n'est point « la forme particulière de la procédure de ces actions — « cette forme n'est qu'une condition indispensable, et « non le motif de ces actions » (2). Ce motif, il faut « le puiser dans le fond du droit, et Ihering le trouve dans le point de vue de la lésion juridique injurieuse. Le droit reconnaît à un fils de famille la personnalité ; l'injure qui lui est faite atteint donc avant tout le fils

(1) SAVIGNY, II, § 71, p. 99, note q.

(2) VON IHERING, *Actio injuriarum*, p. 57. Von Ihering repousse l'explication de Mandry, *Das gemeine Güterrecht*, p. 226, qui résout la question en disant que l'intérêt de l'enfant veut qu'une action soit intentée le plus tôt possible. (V. *op. cit.* pp. 55 et 56.)

lui-même, et c'est pour cela qu'il peut agir (1). Et c'est aussi cette considération d'injure faite au fils qui est la base de l'exception dans les trois autres actions. Elles seraient, toutes trois, des applications spéciales de l'action d'injures.

Il y avait dans ces trois hypothèses : « *indignatio filii* » (2). L'*opus quod vi aut clam factum est* est une sorte d'injure : le défendeur n'a pas respecté la défense à lui faite par le fils de famille ; il y a eu, suivant l'expression d'Ihering, mésestime de la personnalité du fils, une réparation personnelle doit lui être accordée ; à défaut d'interdit, il aurait l'*actio injuriarum* (3).

L'*indignatio filii* a été aussi la raison pour laquelle on a concédé au fils de famille l'*actio commodati* et l'*actio depositi*. Ces actions étaient probablement toutes deux à l'origine des actions délictuelles ; chaque partie rendait à l'autre un service, et le manque de parole contenait quelque chose de blessant pour la personnalité ; ces actions n'auraient été, elles aussi, qu'une application de l'*actio injuriarum*.

Je n'insiste pas davantage sur tous ces points, j'aurai à y revenir dans la partie historique de cette

(1) Cf., l. 9, D., *De proc.*, III, 3 et l. 17, §§ 10 et 11, D., *De injuriis*, XLVII, 10.

(2) L. 22, *pr.*, D., *De inoff. test.*, V, 2.

(3) Cela semble d'autant plus vrai que dans l'ancienne jurisprudence romaine, le fils de famille n'avait pas l'interdit au cas d'*opus clam factum*. Il n'y avait pas, en effet, ici une *injuria*, au sens strict du mot. Ce point est certain à l'époque de Labéon (rapporté par Ulpien, l. 13, § 2, D., *Quod vi aut clam*, XLIII, 24). Sabinus, au contraire (rapporté aussi par Ulpien, l. 19, D., *eod. tit.*), accorde d'une manière générale l'*interdictum quod vi aut clam* au fils de famille.

étude, mais je conclus du caractère même que j'ai attribué à ces quatre actions, que toutes les actions dans lesquelles cet élément moral, cette *indignatio filii* se rencontre, sont également données au fils de famille. Il en était certainement ainsi de la *querela inofficiosi testamenti* (1) et je ne doute pas que les actions *in bonum et æquum conceptæ* aient été soumises aux mêmes règles, car elles ont été, à mon sens, à l'origine, des applications de l'action d'injures (2).

26. — Il me reste un dernier point à examiner : ce droit d'agir, exceptionnellement accordé au fils de famille, existe-t-il en toutes hypothèses ou doit-il, au contraire, se restreindre au cas d'absence ou d'empêchement du père ? Etant donné le caractère tout individuel de l'action, étant admis qu'il y a dans le fait poursuivi une insulte à la personnalité du fils de famille, en présence surtout de la généralité des termes de la loi 9, il paraît logique de penser que toujours, même si le père est présent, ou a laissé un *procurator*, le *filiusfamilias* peut exercer, lui-même, *suo nomine*, l'une quelconque de nos actions.

Mais cette théorie me semble critiquable, et l'opinion contraire résulte clairement pour l'*actio injuriarum*, type de toutes les autres, du texte même de l'Edit : « *Si ei qui in alterius potestate erit injuria facta esse dicetur et neque is, cujus in potestate est, præsens erit, neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat, causâ cognitâ, ipsi qui injuriam accepisse dicetur, judicium dabo.* » Rudorff

(1) Cf., l. 8 *pr.*, l. 22 *pr.* et § 1., D., *De inoff. test.*, V, 2.

(2) Je ne développe pas ce point, qui rentre dans la section III.

restituait de la manière suivante la formule de l'*actio injuriarum*, en cette hypothèse spéciale : « *Quod A^s A^s, cum in potestate L. Titii esset, neque* »
« *procurator quisquam existeret qui eo nomine age-* »
« *ret, in hoc anno, cum primum experiundi potestas* »
« *fuit, dolo malo Nⁱ Nⁱ pugno malam percussam esse,* »
« *quantam pecuniam ob eam rem bonum æquum esset* »
« *N^m N^m A^o A^o condemnari, si A^s A^s in nullius po-* »
« *testate esset, etc.* », et si Lenel (1) supprime dans la restitution qu'il propose les mots « *cum... ageret* », c'est qu'il prétend que ce sont là des questions qui intéressent, non pas le juge, mais seulement le magistrat dans la *causæ cognitio* qui précède la délivrance de la formule. Les paragraphes suivants de la loi 17, développant l'Edit, ne laissent aucun doute sur l'exactitude de la théorie que je développe. Le § 12 est on ne peut plus formel : « *Cum abest, idcirco datur filio* »
« *actio, quia verisimile est patrem, si præsens fuisset,* »
« *acturum fuisse.* » Il n'y a qu'un seul cas où le fils peut, même si son père est présent, intenter l'*actio injuriarum*, c'est celui où ce dernier est une *persona vilis* (2). Ce sont les mêmes solutions que l'on retrouve dans la loi 8, D., *De procuratoribus* (3) ; et bien que les textes, à ma connaissance, ne le disent pas expressément, je ne doute pas que les autres actions *in bonum et æquum conceptæ* soient soumises aux

(1) P. 324, § 196.

(2) L. 17, § 13 ; D., *De injuriis*, XLVII, 10 : « *Interdum tamen putamus, etsi pater remittat, injuriarum actionem filio dandam : ut puta si patris persona vilis abjectaque sit, filii honesta : neque enim debet pater vilissimus filii sui contumeliam ad suam utilitatem metiri ; ponamus esse eum patrem cui jure meritoque curator a prætore constitueretur.* »

(3) III, 3.

mêmes règles que l'*actio injuriarum* dont elles ne sont que des applications, d'autant plus que cette même loi 8 est formelle pour l'*actio rei uxoriæ* : « *Si forte pater absens sit, vel suspectæ vitæ (quo casu solet filiæ competere de dote actio)*.... » (1).

27. — Cependant l'*actio rei uxoriæ* présente un caractère qui la sépare des autres actions de notre groupe. Sans doute, elle ne peut être intentée par la femme seule, *filiafamilias*, qu'au cas d'absence du père ou si le père présent est « *suspectæ vitæ*. » Mais tandis que, au cas d'injure, le père qui est présent et offre toutes garanties d'honorabilité est maître de l'action, au cas d'*actio rei uxoriæ*, le père ne peut agir qu'avec le consentement (2) de sa fille, « *adjunctâ filiæ personâ* ». Si le père agit en l'absence de sa fille, ou si la fille intente l'action en l'absence du père, une ratification est nécessaire (3).

C'est qu'il y a, comme disent les textes, « *communio dotis* » entre le père et la fille : « *dos communis est patris et filiæ* » (4) ; « *in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia est* » (5). Tant que le droit sur la dot n'a pas été réalisé, transformé en valeur pécuniaire par paiement, *novatio*, *litis contestatio*, il n'appartient qu'à la femme seule. Mais « l'acte, « par lequel le droit sur la dot se convertit en argent

(1) Cf., l. 22, §§ 10 et 11, D., *Sol. mat.*, XXIV, 3.

(2) On entend d'une façon très large le mot « consentement. » La loi 2, § 2, D., *Sol. mat.*, XXIV, 3, déclare qu'il suffit, pour qu'il y ait consentement, de la non opposition de la fille : « *nisi evidentur contradicat, videri consentire patri.* »

(3) L. 2, § 2, D., *Sol. mat.*, XXIV, 3 et l. 22, § 3, D., *eod. tit.*

(4) L. 3, D., *Sol. mat.*, XXIV, 3.

(5) L. 34, § 6, D., *De sol.*, XLVI, 3.

« et passe de la tête de la fille sur celle du père, ne
« peut s'accomplir que de leur consentement à tous
« deux, car il les intéresse également l'un et
« l'autre » (1). La dot leur est commune en ce qu'ils
ne peuvent la réaliser et en disposer qu'en agissant
en commun. Le père avait dans l'ancien droit, en
vertu de la puissance paternelle, le droit de prononcer
le divorce entre sa fille et son gendre, et on pouvait
craindre qu'il n'abusât de ce droit pour s'approprier
la dot (2). Aussi fut-il décidé que le père pouvait tou-
jours prononcer le divorce sans l'aveu de sa fille, mais
ne pouvait jamais réclamer la dot sans son consente-
ment. Ce ne fut qu'à l'époque classique, sous les Anto-
nins, que cette solution relative à la dot fut étendue
au divorce (3).

Je croirais d'ailleurs volontiers, mais ce n'est là
qu'une simple conjecture, que cette *communio dotis*
n'existait pas dans le très ancien droit, alors que l'*actio
rei uxoriæ* n'était qu'une action d'injures spéciale ;
elle devait être à cette époque soumise aux mêmes
règles que l'*actio injuriarum*, et ce n'aurait été que
dans la suite, quand on commença à attribuer à la
femme un droit véritable sur la dot, que l'action, per-
dant peu à peu son caractère pénal, n'aurait pu être
intentée que « *adjuncta filiæ personæ* » (4).

(1) GIDE, p. 526.

(2) Cf., GIDE, p. 528. — ACCARIAS, t. II, n° 831, p. 895. — Il faut
supposer un mariage ordinaire, *sine manu*.

(3) L. 1, § 5, D., *De liberis exhibendis*, XLIII, 30 : « *Si forte
pater concordans matrimonium... velit dissolvere : Et certo jure
utimur ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis
turbentur..* » — Cf., PAUL, *Sentences*, V, 6, 15, qui rapporte cette
mesure à Antonin le Pieux.

(4) Cf., ESMEIN, p. 161.

28. — Il est, du reste, nécessaire de remarquer que, aussitôt la *litis contestatio* opérée, le droit né *è lite contestatâ*, c'est-à-dire le droit pécuniaire à la condamnation entre dans le patrimoine du *pater* et n'appartient plus qu'à lui seul. C'est l'application des principes généraux. C'est donc le père qui bénéficie de la condamnation prononcée au profit du *filiusfamilias* victime d'une injure, c'est à lui qu'appartient le droit à la *res uxoria*, et si son patrimoine est confisqué, ce droit est compris dans la confiscation (1).

29. — En résumé, la part accordée à la personnalité de l'*alieni juris* n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire tout d'abord ; la place laissée au *paterfamilias* est encore considérable. On n'abandonnait pas les principes essentiels de la puissance paternelle, « le magistrat veillait à ce que le père ne pri-
« vât pas l'enfant de sa vengeance légitime, lorsque
« celui-ci avait été la victime du délit » (2). Ce n'est donc que dans un sens très restreint que l'on peut dire que les actions *in bonum et æquum conceptæ* appartiennent aux fils de famille (3), puisque le père présent à Rome et honorable peut seul les intenter et qu'il profite en tous les cas de la condamnation (4).

(1) Cf., l. 40, § 1, D., *De bonis damnatorum*, XLVIII, 20.

(2) ESMEIN, p. 161.

(3) Mais dans cette mesure le *filiusfamilias* peut ester en justice comme demandeur, et la loi lui donne le droit de nommer un *procurator* (cf., l. 8, D., *De proc.*, III, 3). C'est une différence avec les actions populaires où jamais on ne peut se faire représenter, sans doute parce que le demandeur, dans l'action populaire, est un *procurator populi* l. 5, *in fine*, D., *De pop. act.*, XLVII, 23).

(4) Toute cette théorie est applicable aux *filiæfamilias*; la loi 8, D., *De proc.*, III, 3, les met sur la même ligne que les fils, et on ne comprendrait pas la raison de distinguer.

II. — Intransmissibilité

30. — Puisque les actions *in bonum et æquum conceptæ* sont attachées à la personne physique, à l'individu, il est clair que si cet individu disparaît, elles disparaissent avec lui : l'*actio injuriarum* n'est pas donnée aux héritiers de la victime (1), de même l'*actio de moribus mulieris* n'est pas donnée aux héritiers du mari (2) : c'est l'intransmissibilité active. Si, d'autre part, ces actions n'ont pas été intentées contre l'auteur du délit, on ne pourra pas poursuivre ses héritiers, c'est l'intransmissibilité passive (3).

31. — Que les actions pénales *in bonum et æquum conceptæ* soient intransmissibles passivement, c'est la règle générale de toutes les actions pénales, et ce n'est guère qu'au point de vue actif qu'elles présentent une anomalie (4). Certaines d'entre elles sont, du reste,

(1) GAI., Comm. IV, § 112; — Inst. Just., IV, 12, 1; l. 1, § 1; D., *De priv. del.* XLVII, 1.

(2) L. 1, Code Th., *De dotibus*, III, 13.

(3) Cette intransmissibilité n'est encore pas un caractère exclusif de nos actions : la *querela inoff. test.*, par exemple, ne passe pas aux héritiers (l. 6, § 2; l. 7; l. 15, § 1, D., *De inoff. test.*, V, 2).

(4) Nos actions avaient ainsi conservé, mieux que les autres, le caractère originaire des actions pénales et de toutes les actions personnelles. Les créances et les dettes paraissent, en effet, avoir été intransmissibles dans le très ancien droit romain (ESMEIN, *Courtes études, Revue hist. de droit*, 1887, p. 54. — CUQ, p. 694). Ce n'est que de cette façon que l'on peut, d'après M. Esmein, expliquer l'intransmissibilité des actions *quæ pœnam persequuntur*. Si, en effet, les obligations avaient, d'une façon générale, passé aux héritiers à l'époque où se forma la théorie des *delicta privata*, l'obligation *ex delicto* aurait, plus que toute autre, été déclarée transmissible, car les *delicta privata* n'étaient

dans la suite, devenues transmissibles activement et on cite généralement comme exemples de cette transformation l'*actio sepulchri violati* (1) et l'*actio de effusis* (2). Quant à cette dernière, je ne saurais me rallier à l'opinion commune; j'ai admis en effet (3) que le § 13 de la loi 5, D., *de his qui eff.*, que l'on invoque, était relatif à l'action populaire *de positis et suspensis*, et c'est le § 5 de cette loi, *in fine*, qui donne la solution exacte pour l'*actio de effusis* : « *Nec enim heredibus*
« *jure hereditario competit : quippe quod in corpore*
« *libero damni datur, jure hereditario transire ad*
« *successores non debet, quasi non sit damnum pecu-*
« *narium, nam ex bono et æquo oritur* ». Je sais bien que si l'intéressé n'agit pas, l'action devient populaire et qu'elle appartient, *intra annum*, aux héritiers, *jure publico*, comme à tout citoyen, mais ce n'est plus alors une véritable *actio in bonum et æquum concepta* : l'*actio de effusis in bonum et æquum concepta* me paraît être restée intransmissible aux héritiers.

32. — Mais il faut préciser la portée de cette règle :

qu'une application adoucie de la vengeance privée, et la vengeance se poursuit contre les enfants, les héritiers de l'auteur du dommage. Donc, à l'origine, les actions pénales devaient être activement et passivement intransmissibles, parce que c'était le principe général des créances et des dettes. Elles sont demeurées intransmissibles au point de vue passif, à cause de la personnalité des peines, mais seules quelques-unes d'entre elles (et les *act. in b et æq. conceptæ* sont, pour la plupart, de ce nombre) sont restées intransmissibles activement, parce qu'il y avait une offense faite à l'individu et que seule la victime pouvait apprécier l'opportunité de l'action. (V. toutefois, sur la portée restreinte de l'intransmissibilité des créances et des dettes, *Cuj.* p. 695.)

(1) L. 10, D., *De sep. viol.* XLVII, 12.

(2) L. 5, § 13, D., *De his qui eff.* IX, 3.

(3) *Supra*, n° 13, p. 21.

l'action est intransmissible, tant qu'elle n'est pas devenue pécuniaire; or la *litis contestatio* opère novation, le droit déduit en justice est remplacé par le droit à la condamnation; la *litis contestatio* assure donc la transmissibilité soit active, soit passive de toutes les actions qui, non encore exercées, n'auraient pas pu étre données aux héritiers ni contre eux (1).

33. — Je crois que l'*actio rei uxoriæ* fut, elle aussi, à l'origine, comme l'*actio de moribus* (2), activement et passivement intransmissible.

Il est certain, en droit classique, que les héritiers de la femme ne peuvent pas, de leur chef, intenter l'*actio rei uxoriæ* tant qu'elle n'est pas entrée dans le patrimoine de celle-ci. De droit commun, elle n'y entre qu'après la *litis contestatio*. Mais les jurisconsultes romains, considérant sans doute que des poursuites judiciaires contre le mari ou ses héritiers pouvaient répugner à la femme, ont admis qu'elles seraient remplacées par une simple mise en demeure (3). Une *interpellatio* équivaut à la *litis contestatio*. Il y a eu mise en demeure, tout préjudice résultant de la *mora* doit être réparé, les parties doivent être remises dans le même état que s'il y avait eu paiement effectif, au moment même de la mise en demeure, et, s'il y avait eu paiement, les biens dotaux seraient entrés dans le patrimoine de la femme et auraient passé à ses héritiers. Mais sauf cette substitution de la mise

(1) Cf., ACCARIAS, t. II, n° 929, p. 1155.— Cf., également l. 139 pr. et l. 164, D., *De reg. juris*, L, 17.

(2) Cette action fonctionnait comme une *actio contraria* de l'*actio rei uxoriæ*. V. *supra*, n° 4, p. 10.

(3) ULPEN, *Reg.* VI, 7; cf., *Fr. Vat.*, 112.

en demeure à la *lilis contestatio*, le principe de l'intransmissibilité active était maintenu.

On pourrait soutenir qu'il en était de même de l'intransmissibilité passive. Paul, dans le passage qui forme le § 97 des Fragments du Vatican s'exprime en effet ainsi (1) : « *Id quod dotis nomine marito datum est post mortem mariti, si nulla mora intercessit, apud heredem mariti remanere oportere* ». Il semble bien qu'il s'agisse de l'action née d'un divorce : le mari vient à mourir avant d'avoir été mis en demeure, l'action est éteinte par sa mort. Mais cette explication paraît souffrir quelque difficulté. Il y a en effet au Digeste un texte (2) qui parle d'une façon absolument générale de l'action intentée contre l'héritier du mari. Sans doute, il serait permis de dire que ce texte se réfère au cas où il y a eu *interpellatio* de la femme et où par suite l'action est devenue certainement transmissible contre l'héritier. Mais rien dans la loi ne permet d'affirmer qu'il en soit ainsi. L'*actio rei uxoriæ* serait donc restée intransmissible activement, mais l'intransmissibilité passive aurait disparu.

Ce résultat n'a rien qui puisse étonner. A l'origine l'*actio rei uxoriæ* était, nous le verrons, une action vraiment pénale ; le mari répudiait sa femme, celle-ci vengeait seule l'injure à elle faite, et c'était l'auteur de l'injure qui seul pouvait être poursuivi. Mais quand naquit pour la femme le droit à la dot, et que l'*actio rei uxoriæ* fut une véritable action en restitution, elle appartient à la veuve, comme à la femme divorcée. La

(1) Je cite le texte corrigé par Mommsen. — GIRARD, *Textes de droit romain*, p. 436.

(2) L. 15, § 4, D., *Sol. mat.*, XXIV, 3.

veuve ne pouvait évidemment agir que contre les héritiers du mari, et comme on ne soupçonnait plus, à cette époque, l'ancien caractère pénal de l'*actio rei uxoriæ*, on en arriva à la donner dans tous les cas contre les héritiers. L'exception devint la règle : l'action devint passivement transmissible. Il semble que du même coup, et pour la même raison, l'intransmissibilité active aurait dû disparaître; puisque la femme était titulaire d'un droit, ses héritiers le recueillaient dans son patrimoine. Pourtant elle avait subsisté : à la raison qui la justifiait autrefois s'en était substituée une autre. Dans les premiers temps de l'empire, l'idée s'était fait jour que la restitution de la dot n'était utile à la femme que pour contracter un nouveau mariage : « *reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, « propter quas nubere possunt* » (1). Si donc la femme mourait avant d'avoir recouvré ou réclamé sa dot, le mieux était de la laisser au mari. L'intransmissibilité trouvait donc une base dans le droit nouveau, elle répondait à un intérêt légitime, les Romains, respectueux des traditions juridiques ne pouvaient manquer de la maintenir.

III. — *Capitis deminutio*

34. — J'ai indiqué, d'autre part, que les actions *in bonum et æquum conceptæ* échappaient à l'effet extinctif de la *capitis deminutio*. La loi 8, *De capite minutis*, au Digeste, IV, 5, en fournit la preuve : « *Eas obligationes, quæ naturalem præstationem*

(1) L, 2, D., *De jure dotium*, XXIII, 3.

« habere intelliguntur, palam est capitis deminutione
« non perire : quia civilis ratio naturalia jura cor-
« rumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in
« bonum et æquum concepta est, nihilominus durat
« etiam post capitis deminutionem. »

Les Romains distinguaient, et certains textes l'indiquent (1), trois sortes de *capitis deminutiones* : *maxima*, quand on perdait à la fois la cité et la liberté ; *media*, lorsqu'on perdait la cité en conservant la liberté ; *minima*, lorsqu'en restant libre et citoyen, on subissait un changement de famille, et la théorie généralement admise voit dans les trois *capitis deminutiones*, sans distinction, un décès juridique, une mort de la personne civile. Le *capite minutus* est considéré comme un homme nouveau (2). Or les actions *in bonum et æquum conceptæ* « touchent plutôt l'homme naturel que l'homme juridique (3) » ; il était donc logique de décider qu'elles survivraient à la *capitis deminutio*, quelle qu'elle fût. Il en est certainement ainsi de la *capitis deminutio minima* (4), et la loi 5, § 1, *in fine*, D., *De bonis damn.* XLVIII, 20, donne la même solution en cas de *capitis deminutio media*.

On pourrait dire que là se bornent les particularités de nos actions, et qu'elles ne survivent pas à la *maxima deminutio*. L'esclave cesse pour ainsi dire

(1) GAI., Comm. I, §§ 159-162 ; l. 11, D., *De cap. min.*, IV, 5.

(2) Cf., CUG, p. 202 ; — LABBÉ, appendice II, au t. I^{er} d'Ortolan, *Inst. de Justinien*, p. 701. — Cf., également l. 27, § 1, D., *De adim. vel transf. leg.*, XXXIV, 4, et l. 98, § 8, D., *De sol.*, XLVI, 3.

(3) SAVIGNY, t II, § 73, p. 122.

(4) L. 9, D., *De cap. min.*, IV, 5 ; l. 44 *pr.*, l. 22, § 5, D., *Sol. mat.*, XXIV, 3.

d'être une personne, son individualité disparaît en quelque sorte ; sans doute il existe physiquement et matériellement, mais il est devenu une chose, un simple élément du patrimoine. J'estime pourtant que la *capitis deminutio maxima* elle-même n'éteint pas les actions *in bonum et æquum conceptæ*. L'esclave n'est pas seulement un objet de propriété ; les Romains le traitent comme un homme soit au point de vue religieux, soit au point de vue social. Il sacrifie aux Dieux dans les carrefours ; les prêtres offrent des sacrifices à ses mânes, et le lieu où l'esclave est inhumé est considéré comme religieux (1). Or nos actions étaient fondées sur une insulte faite à l'individu, considéré dans son honneur, dans sa réputation, en d'autres termes à la personnalité morale (2), et si la personne juridique de l'esclave a disparu, si, à beaucoup de points de vue, il est devenu un objet de propriété, il est resté un homme et l'on comprend que l'action qu'il possédait ne soit pas éteinte. Je sais bien que l'individu devenu esclave ne peut pas figurer dans une instance (3), et que c'est à son maître qu'appartient l'action, comme elle appartient au *dominus* dont on a injurié l'esclave. Mais s'il n'a pas de maître (4), il aura toujours la faculté d'intenter, après son retour

(1) L. 2 *pr.*, D., *De relig.*, XI, 7. — Sans doute ce furent là les seuls vestiges de l'ancienne condition des esclaves. Aux premiers siècles de Rome, l'esclave faisait, en effet, partie de la famille, le maître était pour lui un véritable protecteur ; celui qui abusait de ses pouvoirs était blâmé par le censeur, et ce châtimement était suffisant à cette époque pour empêcher les cruautés qui signalèrent la fin de la République romaine (Cuq, pp. 166 et suiv.).

(2) J'oppose ici ce mot à la personnalité juridique.

(3) GAL., Comm. II, § 96 ; l. 107, D., *De reg. juris*, L, 17.

(4) Le *servus pœnæ*, par exemple.

à la liberté, l'action pour le moment inutile entre ses mains. Ce n'est du reste pas là un cas unique en droit romain, le legs d'aliments survit aussi à la *capitis deminutio maxima* (1).

35. — Le fait d'échapper à l'effet extinctif de la *capitis deminutio* tout au moins *minima*, c'est-à-dire de la *mutatio status familiæ*, n'est pas un caractère exclusivement propre à notre groupe d'actions. Toutes les actions *quæ vindictam spirant* survivent à la *capitis deminutio*. Il en est ainsi notamment de la *querela inofficiosi testamenti*, et des actions populaires (2).

36. — J'ai considéré jusqu'à présent la *capitis deminutio* comme une sorte de mort civile, de décès juridique. Mais cette conception de la *capitis deminutio* paraît fausse, tout au moins dans sa généralité. « Cette comparaison de la *capitis deminutio* à la mort est », dit M. Accarias (3), « surtout exacte pour la *maxima* et la *media c. d.* ». — « La comparaison », dit Ortolan (4), « n'était pas appliquée à celui qui n'avait éprouvé que la petite diminution ». L'idée que la *minima capitis deminutio* de l'époque classique, c'est-à-dire la simple *mutatio familiæ*, entraîne extinction de personnalité semble aujourd'hui généralement abandonnée. En effet, les textes qui comparent la *capitis deminutio* à la mort sont, pour la plupart,

(1) L. 3 *pr.* et § 1, D., *De his qui pro non scriptis*, XXXIV, 8.

(2) Je signale une seconde différence entre ces actions et les *act. in b. et æq. conceptæ*. La *deminutio minima* n'éteint pas les actions populaires, mais les *dem. maxima et media* empêchent de les intenter, puisqu'il faut pour agir être « *unus ex populo* » (l. 43, § 2, D., *De proc.*, III, 3).

(3) T. I, n° 177, p. 458, note 1.

(4) Inst., t. I^{er}, n° 202, p. 153. — Cf., SAVIGNY, t. II, § 69, note c, p. 70.

relatifs à la *maxima* et à la *media deminutio* (1). Il n'y a, à ma connaissance, que deux textes de Gaïus qui paraissent faire la même comparaison en matière de *minima deminutio*. L'un est relatif à la société (2), l'autre aux stipulations *post capitis deminutionem meam* ou *tuam* (3), et ils assimilent à la mort la *capitis deminutio* en général. Mais il faut les entendre tous les deux *secundum subjectam materiam* : tout ce qu'ils signifient, c'est que la *capitis deminutio* en matière de société est un événement qui produit le même effet que la mort, et que la *stipulatio post capitis deminutionem meam* ou *tuam* est nulle comme la *stipulatio post mortem meam* ou *tuam*, et pour les mêmes raisons. La *capitis deminutio minima* à l'époque classique n'entraînait donc pas extinction de personnalité (4).

Il y aurait eu dans la théorie de la *capitis deminutio minima* un changement profond ; elle n'aurait pas été de tout temps une *mutatio familiæ*. Les auteurs les plus récents, notamment Krüger (5) et Karlowa, ont conjecturé qu'à l'origine elle n'existait qu'au cas d'entrée *in mancipio*, et qu'elle produisait alors une véritable déchéance d'état, en droit public comme en

(1) V. not. l. 63, § 40, D., *pro socio*, XVII, 2; — l. 5 *pr.*, D., *De bon. damn.*, XLVIII, 20; — l. 209, D., *De reg. juris*, L, 17.

(2) GAI., Comm. III, § 153: « *Dicitur et capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio mortis coequatur.* »

(3) GAI., Comm. III, § 101: « *Quæcumque de morte diximus, eadem et de capitis deminutione dicta intelligemus.* »

(4) Cf., DESSERTAUX, pp. 110 et suiv.; — KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1892, p. 258; — AUDIBERT, *Revue historique*, 1893, p. 368.

(5) *Geschichte der cap. deminutio* (1887).

droit privé (1). Ce n'est que plus tard qu'elle serait devenue une simple *mutatio familiæ*, sans extinction de personnalité (2).

(1) Sur ce point particulier, Krüger et Karlowa arrivent à la même conclusion, mais les théories générales qu'ils proposent sur la *capitis deminutio* sont, dans leur principe, absolument différentes. Pour Krüger, il n'y aurait eu originairement qu'une *cap. dem.*, celle que l'on aurait appelée plus tard la *cap. dem. minima*, et le cas d'application le plus ancien de cette *cap. dem.* originaire aurait été celui de l'entrée *in mancipio*. La théorie de la *cap. dem. maxima* et celle de la *cap. dem. media* ne se seraient formées que plus tard, au début de l'empire. Karlowa, au contraire, admet l'existence d'une triple *cap. dem.* originaire, mais en ce qui concerne la *cap. dem. minima*, il adopte la conjecture de Krüger et soutient que le cas le plus ancien de *cap. dem. minima* est celui de l'entrée *in mancipio*.

(2) La loi 3, D., *De cap. min.*, IV, 5, est la base de ces conjectures. Le jurisconsulte Paul nous déclare, en effet (L. 3, § 1), qu'au cas d'émancipation « *capitis minutio manifesto accidit* », et il donne pour motif de cette solution que personne ne peut être émancipé sans avoir passé par une servitude tout au moins fictive : « *Nisi in imaginariam servilem causam deductus.* » Il y a donc, au cas d'émancipation, *capitis deminutio*, parce que l'émancipation suppose l'existence d'un *mancipium* fictif. Or ce que dit Paul de l'émancipation devait *a fortiori* être vrai de l'entrée réelle *in mancipio*, puisque l'individu *in mancipio* était *loco servi*. D'autre part, le *pr.* de la loi 3 porte : « *Liberos qui adrogatum patrem sequuntur, placet minui caput, cum in aliena potestate sint, et cum familiam mutaverint.* » Cette partie du texte est relative aux enfants de l'adrogé. Or il ne pouvait être question, en cette hypothèse, d'une déchéance d'état véritable, puisque les enfants de l'adrogé sont *alieni juris* après comme avant l'adrogation. Il ne peut pas davantage être question d'une « *imaginaria servilis causa* », lorsqu'il s'agit d'adrogation. Cependant Paul admet que les enfants de l'adrogé subissent la *capitis deminutio*, mais il semble que, d'après les termes mêmes de la loi : « *placet minui caput* », cette solution soit l'expression d'un droit plus récent, une extension donnée à la théorie ancienne, une application faite, peut-être par la jurisprudence, des principes antérieurs, à un cas où l'*imaginaria servilis causa* n'existait même plus. La *cap. deminutio* n'est, en cette hypothèse, qu'une simple *mutatio familiæ*; elle n'a, du reste, plus

37. — Je n'ai pas à examiner ici ces théories nouvelles, mais je tenais à les signaler, car elles semblent détruire l'explication que j'ai présentée de la survie de nos actions à la *cap. deminutio*, puisque, à l'époque classique, la *cap. deminutio*, tout au moins *minima*, n'est plus un décès juridique. Mais ce n'est là qu'une apparence. La théorie de nos actions est en effet fort ancienne, elle existait en tous les cas d'une façon certaine à l'époque de Cicéron. Or il est probable qu'à ce moment la *cap. deminutio* était un décès juridique, parce qu'elle ne se produisait qu'au cas d'entrée *in mancipio*. Mon explication garde donc toute sa valeur pour cette hypothèse, seule connue à l'époque où s'est formée la théorie des actions *in bonum et æquum conceptæ*. Et quand on eut étendu les cas de *cap. dem. minima*, quand elle fut devenue une simple *mutatio familiæ*, c'est par un souvenir du droit ancien que nos actions continuèrent à subsister sur la tête du *capite minutus*.

38. — J'ai ainsi passé en revue les diverses particularités que présentent les actions *in bonum et æquum conceptæ*, et il résulte de cette étude que, prises individuellement, elles leur sont communes avec d'autres actions. Ce qui les distingue de toutes les autres et ce qui permet d'en faire une catégorie spéciale, c'est la réunion de ces deux caractères : lati-

d'effets qu'en droit privé et ne touche plus au *status publicus* (L. 6, D., *De cap. min.*, IV, 5). — La *cap. deminutio* aurait donc existé d'abord au cas de *mancipium* réel, puis au cas de *mancipium* fictif, où elle entraînait encore déchéance d'état; enfin elle aurait eu lieu en des hypothèses où il ne pouvait plus être question de *mancipium*, ni réel, ni fictif, où il n'y avait qu'une simple *mutatio familiæ* qui ne pouvait entraîner extinction de la personnalité.

tude exceptionnelle du juge et individualité. Ce qu'il me faut maintenant rechercher, c'est la cause de ces anomalies, l'idée générale qui peut les justifier.

39. — « Le caractère commun de ces anomalies, « comparées aux autres institutions du droit, est », disait M. de Savigny (1), « d'avoir une nature un peu moins juridique ». Voilà ce qu'exprime heureusement un jurisconsulte romain, en disant, à l'occasion d'une de ces anomalies : « *In facto potius quam in jure consistit* » (2). « *Naturalem præstationem habere intelliguntur* », dit Gaius (3). Les expressions de ce texte ne se rapportent pas au *jus gentium*, à la *bona fides*, à une *naturalis obligatio*, puisqu'il range parmi ces « *obligationes quæ naturalem præstationem habere intelliguntur* » l'*actio de dote*, qui est une action du droit civil (4). Il s'agirait, d'après M. de Savigny, de prestations naturelles, ayant pour but la satisfaction immédiate d'un besoin, mais il faut avouer que ce sont là des termes vagues, qui ne permettent pas de se faire une idée exacte de nos actions. Leur caractère essentiel est de n'être pas à proprement parler pécuniaires, et on ne saurait mieux exprimer cette idée que ne le fait le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 28, au Digeste, *De injuriis*, XLVII, 10, à propos de l'*actio injuriarum* : « *Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur* ».

(1) SAVIGNY, t. II, § 71, p. 89.

(2) L. 10, D., *De cap. min.*, IV, 5.

(3) L. 8, D., *eod. tit.*

(4) Cette théorie que je repousse a été soutenue par Kuntze (*Inst.*, §§ 384 et suiv.). S'appuyant sur le *pr.* de la loi 8, D., *De cap. min.*, IV, 5, cet auteur a, en effet, prétendu que les relations de droit privé qui avaient leur source dans le *jus gentium* ou *naturale* survivaient à la *cap. dem. minima*.

40. — Ces actions sont extrapatrimoniales, elles n'entrent dans notre patrimoine qu'au jour de la *litis contestatio*. Il faut s'entendre sur la portée de cette solution. Sous le système formulaire, toutes les actions sont pécuniaires, toutes tendent en principe à une condamnation en argent, et ce résultat se produit dans les actions *in bonum et æquum conceptæ*, comme dans toutes les autres. Mais si l'on se place au point de vue, non plus de l'objet, mais de la cause de ces actions, on peut dire qu'elles ne réparent pas une atteinte portée à notre patrimoine, mais qu'elles naissent en dehors de lui, réparant un préjudice plutôt moral; c'est en ce sens qu'elles ne sont pas pécuniaires. « En dehors du cercle des intérêts pécuniaires », dit M. Gide (1), « l'homme a encore d'autres intérêts » et d'autres biens à défendre; il a son corps et sa vie, il a son honneur, il a des intérêts moraux que la loi garantit; s'il est lésé dans ses intérêts et qu'une action lui soit donnée, cette action présentera ce caractère bizarre, qu'elle ne sera point pécuniaire dans son origine et dans son principe, bien que, tendant, comme toutes les autres, à une somme d'argent, elle soit pécuniaire dans son résultat et dans sa fin L'on peut dire de toutes ces actions, ce qu'Ulpien dit de l'une d'elles (2) : « *Non est damnum pecuniarium, nam ex bono et æquo oritur* ». Ce préjudice moral, il est facile de comprendre qu'on ait donné au juge une latitude exceptionnelle pour l'apprécier. Et puisque ces actions naissent indépendamment du patrimoine, extérieures à lui, il est natu-

(1) GIDE, p. 520.

(2) L. 5, § 5, D., *De his qui eff.*, IX, 3.

rel qu'elles appartiennent à des gens qui n'ont pas de patrimoine ; et que si le patrimoine disparaît, elles survivent avec le titulaire. Le patrimoine est d'un côté, les actions de l'autre : les variations du patrimoine, sa formation, son maintien, sa perte leur sont indifférents, et alors peu importe la *capitis deminutio*. Le *capite minutus* n'a plus de biens, plus de droits pécuniaires, mais il vit, les droits non pécuniaires subsistent en sa personne.

Mais, comme ces actions aboutissent par leur résultat final à une somme d'argent, il est certain que l'action une fois intentée, une fois arrivé le moment de la procédure où du *jus* on passe au *judicium*, où l'on quitte le magistrat pour aller devant le juge, après la *litis contestatio*, le droit que le demandeur déduisait en justice, droit qui n'appartenait qu'à lui seul, dont nul, autre que lui, ne pouvait poursuivre la réalisation, fait place à un droit de créance éventuel né *ex lite contestatâ* (1). Ce droit pécuniaire entre dans son patrimoine, ses héritiers peuvent l'exercer, la *capitis deminutio* l'éteint; c'est ce qu'exprime la seconde partie de la loi 28 : *Antequam litem contestemur*.

41. — Ce caractère moral et extrapatrimonial apparaît jusqu'à l'évidence pour toutes nos actions sauf pour une seule : l'*actio rei uxoriæ*. A l'époque classique, alors que cette action est encore *in bonum et æquum concepta*, est-elle réellement une action *quæ in bonis nostris non computatur*? Pendant le mariage, la dot fait partie des biens du mari (2), et pourtant

(1) GAI., Comm. III, § 180.

(2) Cf., SAVIGNY, t. II, § 72, pp. 114 et suiv.; — GIDE, pp. 522 et suiv.

les textes nous indiquent que la femme a un certain droit sur elle : « *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* » (1) — *Mulier habet dotem* (2) — « *Dos ipsius filiae proprium patrimonium est* » (3). — Or la femme ne peut pas avoir un droit de propriété, la propriété est au mari et le seul droit qui pourrait lui appartenir serait un droit de créance. Or les Romains n'ont jamais employé, pour désigner ce droit, le mot technique d'*obligatio*, et lorsqu'ils présentent dans les lois 1 à 5, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7, les différentes sources d'obligations, la constitution de dot n'y figure pas (4). Ce droit « qu'on ne peut désigner dans toutes les langues juridiques que par des expressions vagues et détournées » (5) n'est pas un droit pécuniaire. Il n'est pas compris dans le patrimoine ; c'est un de ces droits qui consistent plutôt : « *in facto quam in jure* », un véritable avantage moral.

A l'origine, en effet, le mariage impliquait toujours une constitution de dot de la part de la femme. « L'absence de dot », dit M. Cuq (6), « tient au refus « du père de la femme ou au manque de fortune. « Dans le premier cas, si une fille, appartenant à une « famille riche, n'obtient pas de dot de son père, on

(1) L. 75, D., *De jur. dotium*, XXIII, 3.

(2) L. 43, § 1, D., *De adm. vel peric. tut.*, XXVI, 7.

(3) L. 3, § 5, D., *De minoribus*, IV, 4. — M. Gide fait très justement remarquer sur ce dernier texte que le mot patrimoine n'a pas à cet égard le sens du mot patrimoine en droit français, puisqu'il s'applique à une *filiafamilias* qui n'a pas de patrimoine au sens ordinaire du mot.

(4) Cf., GAI., *Comm.* III, § 88, et *Inst. Just.*, III, 13, 2.

(5) GIDE, p. 523.

(6) Pp. 229 et 230.

« présume qu'il n'a pas donné son consentement au
« mariage. On considère comme impossible qu'un père,
« mariant sa fille, lui refuse une dot ; c'est pour lui
« un devoir de lui donner une dot en rapport avec sa
« fortune et avec le rang social du mari..... Dans le
« second cas, si une fille pauvre s'unit à un fils de
« famille riche, on présume que le père du jeune
« homme n'a pu consentir à une mésalliance et n'a
« pas autorisé l'entrée de cette femme dans sa famille.
« Dans ce cas, comme dans le précédent, le mariage
« ne se formera pas, faute du consentement de l'un
« des chefs de famille, et l'on conçoit dès lors le rap-
« port établi par les Romains entre la formation du
« mariage et la constitution de dot ». Le mariage est
la *communicatio divini et humani juris, consortium
omnis vitæ* (1), la femme est l'associée de son mari ;
c'est la dot qui lui assure cette égalité, c'est à elle
qu'elle doit l'avantage moral d'occuper dans la
famille de son mari une situation digne et respectée..

Si, d'autre part, le mari répudie sa femme sans
juste cause, ou meurt sans lui laisser le *prælegatum
dotis*, la femme subit un préjudice ; or ce préjudice ne
peut pas être pécuniaire ; son patrimoine n'est pas
atteint, puisque les avantages dont on la prive étaient
en dehors du patrimoine. Le préjudice subi est donc
essentiellement personnel. Il consiste surtout dans
l'impossibilité pour la femme de se remarier et de
retrouver ainsi les avantages de fait qu'elle a perdus.
L'*actio rei uxoriæ* était donc à cette époque, comme
toutes les autres actions *in bonum et æquum concep-
tæ*, pécuniaire dans son objet, sans être pécuniaire

(1) L. 1, D., *De rit. nupt.*, XXIII, 2.

dans son origine et dans sa cause. Ces idées ne sont plus vraies, quand l'*actio rei uxoriæ* est devenue une véritable action en restitution de dot, civile et de bonne foi, mais elle garda jusqu'à Justinien « comme « une utile anomalie (1) », quelques-uns de ses anciens caractères.

SECTION III

FORMATION HISTORIQUE DE LA THÉORIE DES ACTIONS

in bonum et æquum conceptæ

42. — Si on examine la liste des actions *in bonum et æquum conceptæ*, à l'époque classique, on constate que parmi ces cinq actions (2), toutes semblables dans leurs effets, toutes strictement individuelles, quatre, l'*actio injuriarum*, l'*actio sepulchri violati*, l'*actio de effusis*, l'action édilitienne *si verrem*, etc., sont pénales et une seule, l'*actio rei uxoriæ*, est *rei persecutoria*; les quatre premières sont prétoriennes, l'*actio rei uxoriæ* est civile. Cette action se sépare donc, à cette époque, de toutes les autres. Sans doute, elle admet chez le juge la plus grande latitude d'appréciation; sans doute, elle est individuelle, et encore ai-je indiqué que toutes les conséquences de ce dernier caractère n'avaient pas été, en ce qui la concerne, rigoureuse-

(1) ESMEIN, p. 168.

(2) Je ne compte que cinq actions; je laisse de côté l'*actio de moribus*, pour laquelle il n'y a que des probabilités.

ment admises (1), mais elle n'est pas délictuelle, elle n'est pas honoraire : ces deux points sont certains. Cependant il paraît étrange qu'à l'origine, le groupe des actions *in bonum et æquum conceptæ* ait compris ainsi à la fois des actions prétoriennes et une action civile, des actions délictuelles et une action *rei persecutoria*. Il est à penser que tout d'abord les cinq actions qui le composent furent de même nature et qu'elles émanaient toutes d'une même autorité. N'y a-t-il donc pas entre nos cinq actions une communauté d'origine et de filiation historique? L'*actio rei uxoriæ* n'a-t-elle pas été, au début, une action pénale prétorienne? Et, s'il en est ainsi, comment et par quels moyens est-elle devenue civile et *rei persecutoria*? Quelle a été, en d'autres termes, la formation historique de la théorie de nos actions et pourquoi l'*actio rei uxoriæ* s'est-elle séparée des autres? C'est cette recherche qu'il me reste à faire.

43. — « L'esprit de l'ancien droit, » dit Ihering (2), « est l'esprit de la vengeance, de satisfaction pour « toute espèce d'injustice soufferte. » L'homme, à cette époque lointaine, voit dans toute contestation de ses droits et même dans une simple contradiction, une sorte de lésion personnelle, d'insulte à sa dignité. Il ne recherche pas s'il y a ou non culpabilité de l'auteur du dommage; pour être puni, il suffit d'être la cause matérielle du délit. On ne distingue pas entre la faute et l'innocence; le dommage

(1) Notamment en ce qui touche l'intransmissibilité, puisqu'une simple mise en demeure équivaut à la *litis contestatio*. D'autre part, le *pater* ne peut intenter l'action que *adjunctâ filix personâ*.

(2) *Esprit du droit romain*, 3^e éd., 1886, t. I, § 11, p. 127.

est nécessaire et suffisant pour légitimer le châ-timent. L'injustice est appréciée d'après son effet, non d'après sa cause. La victime, sous l'influence de la douleur qu'elle ressent, se laisse emporter à la vengeance : c'est à sa propre force, à celle de ses parents, de ses amis, qu'elle a recours (1). « La mesure de sa vengeance est dans l'énergie de son ressentiment » (2).

44. — Peu à peu, on distingue des cas où la vengeance est permise, d'autres où elle est défendue ; par une sorte d'instinct, on admet que le mal infligé ne peut pas être plus grand que le mal éprouvé, le talion est un progrès. Mais les lois coutumières qui établissent ces règles nouvelles ne sont pas le fruit de la réflexion et du raisonnement, elles sont le produit inconscient de l'expérience ; elles consacrent des habitudes générales, sans les juger, sans les discuter, sans en rechercher la cause.

45. — Mais, comme la victoire, dans cette guerre privée, était incertaine, et comme, d'autre part, les fortunes se développaient et devenaient un élément important de puissance, la vindicte tendait à disparaître. « Le lien qui, à notre époque, unit l'individu à sa chose, ne saurait donner une idée du lien de la propriété avec la personnalité, à ces époques lointaines de la vie des peuples » (3). La valeur qu'on attache à la fortune dépend des difficultés mêmes qu'il a fallu surmonter pour l'acquérir : la fortune était

(1) Voyez sur toute cette théorie, VON IHERING, *De la faute en droit privé*, pp. 9 et suiv.

(2) CUQ, p. 333.

(3) VON IHERING, *Esprit*, t. I, p. 135.

alors le prix du travail et de la lutte, et on comprend qu'elle fit, pour ainsi dire, partie de l'individu.

De même qu'attaquer la propriété c'était, en quelque sorte, attaquer l'individu et lui donner le droit à la vengeance, de même, la personne du coupable répondait de l'atteinte portée aux biens. Mais puisqu'il existait entre les biens et la personne un lien aussi étroit, puisque l'on poursuivait la personne à raison d'une lésion pécuniaire, il arriva fatalement que la fortune de l'adversaire fut appelée à répondre d'une lésion personnelle : suivant l'expression d'Ihering, à la place de l'argent, les membres du corps, à la place des membres du corps, de l'argent. C'était l'équation nouvelle, et ce fut l'origine du système de la composition. La victime, au lieu de se venger, peut pardonner, elle peut faire la paix avec l'auteur du dommage, moyennant une indemnité, une rançon, une composition. Je crois, du reste, pour ma part, qu'entre le système pur de la vengeance privée, qui ne visait que la personne, et le système de la composition, il y eut vraisemblablement une époque de transition, où la victime ne pardonnait pas encore, mais exerçait sa vengeance sur les biens du coupable, et que ce ne fut que peu à peu que l'idée d'indemnité, de paix moyennant rançon prit la place de la vengeance privée sur les biens.

46. — Le montant de la composition était, naturellement, variable suivant les cas. Il fallait considérer la fortune des parties, l'ardeur de la soif de vengeance chez la victime, le degré d'opiniâtreté chez l'adversaire. Il y avait entre les parties une sorte de marché où chacun soutenait ses prétentions, jusqu'à ce qu'on fût tombé d'accord. Et pour ne parler que des Romains, la *pœna* (ποινή) n'était qu'une composition destinée à

rétablir la paix. La négociation était un *pactum* ; on pouvait *pacisci de furto*, nous dit la loi 7, § 14, au Digeste, *De pactis* (1), c'est là un vestige de l'ancienne idée, que l'on retrouve encore dans les mots : *damnum pro fure decidere* (2). C'est encore ainsi que l'on peut expliquer la loi 17, § 1, D., *De pactis* : « *Quædam actiones per pactum ipso jure tolluntur : ut in-juriarum, item furti.* » A l'époque classique, après que le délit de vol ou d'injure a été commis, la victime peut transiger. La personne lésée est libre de disposer de l'action pénale pécuniaire comme de tout objet de son patrimoine. Mais le pacte, à cette époque, n'entraînait pas de plein droit l'extinction de l'obligation. Il y a dans cette règle un souvenir du passé, une trace certaine du système de la composition. « Le mode d'extinction, » dit M. Girard (3), « est ici plus ancien que la créance, le pacte a servi à éteindre le droit de vengeance, des siècles avant de servir à éteindre le droit à une somme d'argent, qui finit par le remplacer » (4).

Il est vrai que le « lésé pouvait exagérer outre mesure ses prétentions, comme le pouvait, dans la procédure romaine, celui qui devait déterminer la *litis æstimatio* au moyen d'un *juramentum in litem* » (5) ; mais il est probable que l'opinion publique et

(1) II, 14.

(2) L. 7 pr., D, *De cond. furti.*, XIII, 1; GAI., Comm. IV, § 37.

(3) *Actions noxales*, *Revue historique de droit*, 1888. p. 44.

(4) VON IHERING fait très justement observer la différence profonde entre le *pactum* de cette époque et le *pactum* du droit classique. (*Esprit*, t. I, § 12, p. 138, texte et note 61).

(5) VON IHERING, *Esprit*, § 12, p. 137.

les usages s'étaient fixés à cet égard et qu'on pouvait constater ici, comme dans le système précédent, l'heureuse influence de la coutume. Je sais bien que la composition était volontaire, que les parties étaient encore libres de recourir à la vengeance privée, mais les mœurs condamnaient ces combats, et les têtes de bétail, puis l'argent, suffisaient à apaiser les ressentiments des victimes.

47. — L'autorité sociale ne pouvait manquer de mettre à profit cette heureuse innovation. Le droit de vengeance, soit direct, soit indirect, c'est-à-dire la composition volontaire, était incompatible avec l'organisation des cités. L'injustice pouvait rester impunie, si l'adversaire était puissant ; alors, les haines se perpétuaient, les familles restaient ennemies : l'ordre social était compromis. L'intervention d'un juge qui fixait lui-même, d'après les usages, le montant de la composition au cas de désaccord entre les parties, ne suffisait même plus : le législateur intervint. Au système de la composition volontaire, il substitua le système de la composition légale. La victime est désormais forcée de se contenter d'une rançon et, en principe, c'est la loi elle-même qui en fixe le montant pour que les exigences de l'offensé ne rendent pas impossibles toutes chances de paiement. Mais il y a certains faits pour lesquels le système des compositions fixes est impossible, parce que leur gravité dépend essentiellement de la personne de la victime et du sentiment qu'elle peut avoir de son honneur ; pour ceux-là, on laisse au juge le soin d'arbitrer lui-même, d'après les circonstances, le montant de la peine. Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'une composition fixe ou variable, la *pœna* n'est qu'une composition légale, c'est à-dire

une amende au moyen de laquelle on doit racheter la vengeance privée en usage dans l'origine (1).

48. — A l'époque de la loi des Douze Tables, le droit romain se trouve en pleine période de transition entre le système de la composition volontaire et le système de la composition légale. La législation n'est plus le droit primitif, mais elle en garde de nombreuses traces. En ce qui concerne notamment l'*injuria*, la *membra ruptio* était punie de la peine du talion, sauf composition volontaire ; la composition légale existait, au contraire, au cas d'*ossis fractio* et, d'une façon générale, pour l'injure (2). La *membra ruptio* et l'*ossis fractio* étaient bien des hypothèses d'injure ; cela me paraît résulter clairement des textes de Gaïus (3) : je sais bien que la loi les punissait même au cas d'imprudence (4), mais la loi des Douze Tables n'exigeait nullement l'*animus injuriandi*. A cette époque, on ne considérait pas encore dans tous les cas la culpabilité ; quand le fait était grave, on n'examinait que l'élément matériel, objectif, c'était le fait en lui-même qu'on punissait. Ce fut le préteur qui, en généralisant le système de la composition légale, exigea l'*animus injuriandi* (5), et

(1) Cf., sur toute cette évolution : VON IHERING, *Esprit du droit romain*, t. I, §§ 11 et 12, pp. 119 et suiv. ; — GIRARD, *Actions noxales*, *Revue historique de droit*, 1888, pp. 36 et suiv. ; — CUQ, pp. 335 et suiv. ; — MUIRHEAD, pp. 589 et suiv. ; — GRANDMOULIN, pp. 17 et suiv., pp. 37 et suiv.

(2) *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talis esto. Manu, fusti, si os fregit homini libero CCC, servo CL pœnas sunt.*
Si injuriam alteri faxit, XXV pœnas sunt.

(3) Comm. III, § 223.

(4) A.-GELLE, *Nuits attiques*, XX, 1 : « *Quid si quis membrum... alteri imprudens ruperit.* »

(5) Les mots *dolo malo* sont, en effet, compris dans la formule de l'action (LENEL, § 190, p. 321). — BOURCART, dans son appen-

laissa au juge de l'action un arbitraire complet pour fixer le montant de la *pœna privata*, image de l'ancienne rançon.

49. — Le préteur, dans les diverses parties de l'Édit relatives aux injures (1), ne visait que les atteintes à la personne même, à son corps, à sa liberté, à son honneur : c'est ce que Ihering appelle l'action d'injures abstraite (2). C'est là sa fonction originairement exclusive. Mais la personne, au lieu d'être lésée immédiatement, dans ce qu'elle est, peut être lésée médiatement, dans ce qu'elle a, et « elle est atteinte » dans ce qu'elle a, quand la lésion concerne ses relations avec le monde extérieur, c'est-à-dire tous les rapports qui existent hors d'elle. C'est la périphérie extérieure de la personne, par opposition au centre, « représenté par cette personne elle-même » (3). Elle comprend avant tout les rapports de la personne avec les choses, quelle que soit la nature de ces rapports, puis les rapports avec d'autres personnes, c'est-à-dire les obligations et les rapports de famille. Ces lésions sont, en droit romain, l'objet d'actions spéciales, correspondant à la nature particulière du droit lésé.

dice à l'ouvrage de Muirhead, note *e*, p. 587, fait, du reste, remarquer (et cela prouve qu'il y avait bien là une tendance générale dont l'*actio injuriarum* originaire n'aurait été qu'une application) que la formule de la *manus injectio* (GAI, Comm. IV, § 21) ne tenait compte que de l'inexécution et non de la cause de cette inexécution. Les mots « *dolo malo* », qui avaient été restitués par quelques auteurs, ont disparu dans la dernière lecture de Studemund (DUBOIS, *Gaius*, p. 409 et n. 78).

(1) Cf., LENEL, § 190, pp. 321 et suiv.

(2) *Actio injuriarum*, p. 24. — C'est, du reste, à cet ouvrage que j'emprunte toute cette distinction entre les deux sortes d'actions d'injures (v. pp. 24 et suiv.).

(3) VON IHERING, *eod. loc.*

Ihering semble avoir établi que souvent ces actions se trouvent en concours avec l'action d'injures sous sa seconde forme, c'est-à-dire avec l'action d'injures concrète, basée, elle aussi, sur une lésion médiate de la personne. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner cette question, mais je m'empare de la distinction entre l'action abstraite et l'action concrète; j'y trouve la genèse historique de nos actions *in bonum et æquum conceptæ*, qui ne seraient que des applications de l'action d'injures, en d'autres termes, des cas d'action d'injures concrète.

50. — La personne dont le droit à l'usage d'une *res religiosa*, en d'autres termes le *jus sepulchri* a été violé, subit en quelque sorte une injure, le prêteur lui donne l'*actio sepulchri violati*, souvenir rajeuni peut-être d'une ancienne pénalité du *jus sacrum*, application probable de l'*actio injuriarum* à une lésion causée non pas à la personne elle-même, mais à la personne dans ses rapports avec une *res religiosa*. On trouve du reste au Digeste des traces de l'époque où le domaine de l'*actio sepulchri violati* était encore quelque peu confondu avec celui de l'*actio injuriarum*. La loi 3, § 8, D., *De sep. viol.* (1), nous parle d'*injuria quæ facta est*; et Labéon, rapporté par Paul dans la loi 27, D., *De injuriis* (2), donne l'*actio injuriarum* au fils dans le cas où la statue de son père, placée sur son tombeau, a été brisée, il lui refuse l'*actio sepulchri violati* (3).

(1) XLVII, 12.

(2) XLVII, 10.

(3) Du reste, il faut ajouter un autre élément dans la formation historique de cette action. Les Romains avaient pris, en effet, l'habitude d'édicter une peine pécuniaire contre ceux qui violeraient leurs tombeaux (Cf., Çuq, p. 303).

51. — De même que l'on protégeait ainsi les rapports de la personne avec les *res religiosæ*, de même ce serait la protection de la personne dans ses rapports avec les *res publicæ* qu'auraient eue en vue l'*actio de effusis* et à son image l'action édilitienne *Si verrem* etc. Le fondement de l'*actio de effusis* nous est en effet indiqué de la manière suivante par la loi 1, § 1, D., *De his qui effud.* (1) : « *Publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari* ». Le préteur n'a eu qu'un but, permettre de circuler sans danger sur les voies publiques, et ce fut, bien évidemment, le même projet que les édiles mirent à exécution. Ces actions ne seraient donc, elles aussi, que des applications concrètes de l'*actio injuriarum* (2). Ce n'est là, je l'avoue, qu'une simple conjecture, et en ce qui touche spécialement nos actions, je ne vois pas d'autres textes qui la justifient ; mais ce ne serait pas là un fait isolé dans l'histoire du droit romain. La *querela inofficiosi testamenti* par exemple est une véritable action d'injures en matière de succession. Le fondement de cette action est l'iniquité commise par le testateur ; il y a eu, de la part de ce dernier, une *injuria* (3), le parent déshérité est en quelque sorte frappé d'une tache (4) aux yeux du monde. Et c'est encore cet élément moral qui domine dans l'*actio depositi* et l'*actio commodati in factum conceptæ* (5).

(1) 1X, 3.

(2) VON IHERING fait observer, dans son traité de l'*actio injuriarum* (pp. 105 et suiv.), que l'*actio injuriarum* est, en droit romain actuel, étendue notamment à l'*usus publicus*.

(3) L. 8 pr., D., *De inoff. test.*, V, 2.

(4) *Nota*, dit la loi 18, D., *De lib. et posth.*, XXVIII, 2.

(5) VON IHERING, *Actio injuriarum*, p. 61, note 58.

52. — La conjecture que je présente paraît donc très vraisemblable ; les actions *de effusis*, *si verrem*, *sepulchri violati* auraient été des applications de l'*actio injuriarum*. Sans doute, on y envisage la personne dans ses rapports avec les choses extérieures, mais il y a néanmoins lésion injurieuse pour la personne ; le demandeur ne lutte pas pour l'objet du litige, mais pour la défense de sa personne ; ce qui le pousse à tenter le procès, c'est la douleur morale que lui cause l'injustice soufferte (1) ; il s'agit de sa personnalité, de son honneur, du respect dû à lui-même. Qu'il y ait en jeu un intérêt pécuniaire, cela n'est pas douteux, mais ce n'est pas lui qu'on a principalement en vue : « Le point de vue idéal rend le service de donner satisfaction à un intérêt réel (2) ». Le résultat juridique obtenu ne constitue pas le but de l'action, mais sa conséquence économique. Et c'est pour cela, à cause de cet élément moral qui caractérisait seul autrefois l'*actio injuriarum*, à l'origine abstraite, c'est-à-dire intentée pour une atteinte à la personne elle-même, dans ce qu'elle est, et qui a subsisté dans les hypothèses d'*actio injuriarum* concrète, c'est-à-dire réprimant des atteintes à la personne dans ce qu'elle a, que s'explique facilement le caractère personnel de nos actions. A première vue, en effet, si on se place, par exemple, en présence de l'*actio de effusis*, de l'époque classique, on ne voit pas très nettement en quoi consiste le caractère individuel que l'on signale, ou plutôt, on ne voit pas pourquoi cette action est plus indivi-

(1) VON IHERING, *La lutte pour le droit*, trad. Meulenaere, 1890, p. 21.

(2) VON IHERING, *Actio injuriarum*, p. 6.

duelle que toute autre action du même genre. Si l'on adopte, au contraire, l'évolution historique que je viens d'indiquer, on comprend l'origine et le maintien de cet élément personnel et moral, trace de l'*actio injuriarum*, et l'on s'explique la latitude du juge de cette action. Au surplus, peut-être en fut-il ainsi à l'origine de toutes les actions *vindictam spirantes* (1), mais l'élément personnel, idéal, fut plus ou moins sacrifié à l'élément réel, et il n'y a que dans nos actions qu'il a conservé une part prépondérante, parce que l'atteinte à la personne y était plus immédiate et plus sensible.

53. — La dernière de nos actions, l'*actio rei uxoriæ*, aurait été, d'après les théories admises jusqu'à ces derniers temps, une action civile *rei persecutoria* égarée pour ainsi dire dans un groupe composé d'actions délictuelles honoraires. Mais M. Esmein, dans son étude sur la nature originelle de l'*actio rei uxoriæ*, me paraît avoir établi que, si, à l'époque classique, l'*actio rei uxoriæ*, *in bonum et æquum concepta*, différait par sa nature des autres actions du même groupe, il n'en était pas de même aux époques antérieures, et qu'elle aussi était alors prétorienne et pénale. Je ne reprendrai pas en détail la savante argumentation de cet auteur, je me contenterai de résumer brièvement les principales raisons qui militent en faveur de sa thèse.

54. — Et d'abord l'*actio rei uxoriæ* est prétorienne. M. Voigt (2) a prétendu que cette action était née de

(1) VON IHERING, *Actio injuriarum*, p. 6.

(2) *Die lex Mœnia de dote vom Jahr DLXVIII der Stadt*, p. 39.

l'ancienne *interpretatio* de la loi des Douze Tables. Il est bien certain qu'en principe, le divorce a toujours existé à Rome : le mariage, créé par le seul consentement des parties, devait se dissoudre par le seul consentement. Mais d'après Aulu-Gelle, qui rapporte le témoignage de Servius Sulpicius, l'*actio* et même la *cautio rei uxoriæ* auraient été inconnues avant le divorce de Carvilius Ruga, en l'an 523 de Rome (1). L'opinion de M. Voigt paraît donc inadmissible. Que d'autre part une loi ait créé cette action, cela est bien peu probable, nul texte n'en fait mention. Il ne reste qu'une seule autorité capable de l'avoir organisée, c'est le prêteur. L'*actio rei uxoriæ* serait prétorienne (2), comme toutes les autres actions *in bonum et æquum conceptæ* (3). Cette solution est logique, mais elle fait pourtant difficulté.

(1) AULU-GELLE, *Nuits attiques*, IV, 3, 1 et 2 : « *Memoriæ traditum est D fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriæ neque cautiones in Urbe Roma, aut in Latio fuisse; quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit, cum Sp. Carvilius cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, dicortium cum uxore fecit, quia liberi ex eâ, corporis vitio, non gignerentur, anno Urbis conditæ quingentesimo vicesimo tertio...* »

L'affirmation d'A.-Gelle n'est, du reste, exacte qu'en partie; il est faux de dire qu'avant 523 nul divorce n'ait eu lieu; Valère-Maxime (II, 9, 2) nous rapporte, en effet, qu'en l'an 447 de Rome avait eu lieu le divorce de L. Annius. Tout ce qu'il faut conclure du passage d'Aulu-Gelle, c'est qu'avant cette époque, l'*actio* n'existait pas; elle était inutile, parce que les divorces n'étaient prononcés que pour des causes sérieuses.

(2) Je prends ici le mot « prétorienne » dans un sens très large, comme équivalent d'« honoraire ».

(3) En ce sens : BRINI, *Matrimonio el divorzio nel diritto romano*, II, p. 207.

55.—En droit classique, l'*actio rei uxoriæ* est civile, et il semble que ce soit une fin de non-recevoir contre son origine prétorienne. Mais il n'en est rien ; il y a, dans la procédure romaine, bon nombre d'actions, originaiement prétoriennes, qui sont devenues civiles, lorsque de longues traditions se furent formées autour d'elles et que la jurisprudence les eut définitivement consolidées. Je ne pose pas en principe que la plupart des actions de bonne foi étaient à l'origine prétoriennes et *in factum* (1), et je ne prends que les points à peu près certains. Or l'*actio tutelæ contraria*, civile en droit classique, fut, au témoignage d'Ulpien, au livre 36 *ad Edictum* (2), introduite par le préteur, et il semble que l'on puisse expliquer la coexistence, à l'époque de Gaius, des deux formules *in jus* et *in factum* (3) pour les actions *depositi* et *commodati*, par l'origine prétorienne de ces actions (4).

56. — Une objection plus grave semble résulter de l'âge qu'il faut attribuer à notre action. Je ne crois pas qu'elle remonte aux années qui suivirent le divorce de Carvilius Ruga ; Servius Sulpicius paraît même déclarer que les *cautiones* furent d'abord seules employées. Mais elle existait déjà depuis quelque temps à la fin

(1) C'est la théorie de M. Wlassack, *Römische Processgesetze*, II, 1891, p. 302, n° 10.

(2) L. 1 *pr.*, D., *De cont. tutelæ act.*, XXVII, 4 : « *Contrariam tutelæ actionem prætor proposuit.* »

(3) GAI, Comm. IV, § 47.

(4) Cf., GIRARD, p. 16, texte et note 1 ; — LENEL, §§ 98 et 106, pour le commodat et le dépôt ; — cf., également LENEL, § 99, p. 201, pour l'*actio pignoratitia* ; § 108, p. 236, pour le mandat ; § 107, p. 233, au cas de fiducie. — Pour l'*actio neg. gestorum*, la nature prétorienne semble résulter de la loi 3 *pr.*, D., *De neg. gestis*, III, 5.

du VI^e et au début du VII^e siècle, puisqu'à cette époque elle a déjà subi une transformation et qu'elle est donnée à la femme au cas de dissolution du mariage par la mort du mari. Plutarque (1) nous rapporte, en effet, qu'à la mort de L. Æmilius Paulus, en l'an 594, ses fils durent vendre une grande partie de ses biens pour payer la dot de sa veuve. Et en 633, à la mort de C. Gracchus, le droit de la femme est juridiquement reconnu, puisque le jurisconsulte P. M. Scœvola fut d'avis de restituer la dot à Licinia, veuve de Gracchus (2). L'*actio rei uxoriæ* aurait donc existé vers le milieu du VI^e siècle. Or, d'autre part, la loi *Æbutia*, qui aurait créé la procédure formulaire et permis au préteur d'introduire des actions nouvelles, se place, d'après les théories les plus récentes, entre l'an 605 et l'an 630 de Rome (3). Il n'y aurait donc pas eu d'actions prétoriennes à l'époque où se place l'*actio rei uxoriæ*. M. Girard, dans son article sur la date de la loi *Æbutia*, que l'on peut considérer comme le résumé de toutes les dernières données de la science, exclut en effet formellement, pour la période antérieure à la loi *Æbutia*, l'existence des actions prétoriennes. Il repousse l'idée présentée par M. Wlassack (4) et M. Joers (5), d'après laquelle le préteur aurait pu, de tout temps, en vertu de son *imperium*, établir des *judicia*. La loi *Æbutia* n'aurait pas, d'après M. Wlassack, autorisé la création d'actions prétoriennes : une loi

(1) *Æmilius Paulus*, 4.

(2) L. 66 *pr.*, D., *Sol mat.*, XXIV, 3.

(3) GIRARD, *La date de la loi Æbutia*.

(4) *Römische Processgesetze*, II, pp. 303 et suiv.

(5) *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, p. 179.

n'était pas nécessaire pour cela, l'*imperium* suffisait ; mais elle aurait introduit dans les *judicia* organisés par le préteur l'effet extinctif de la *litis contestatio* et donné à ces instances force de chose jugée, quand elles remplissaient les conditions du *judicium legitimum* (1).

Mais il y a certaines actions prétoriennes qui paraissent plus anciennes que la loi *Æbutia*, ce sont les actions pénales. On trouve, en effet, avant le commencement du VII^e siècle, des traces d'actions pénales prétoriennes. L'ancienne *actio furti manifesti* est encore visée dans un passage de Caton l'Ancien (2), mais il est probable qu'à l'époque de Plaute (3), l'action au quadruple l'avait déjà remplacée. De même, le plus ancien vestige de l'*actio injuriarum* se trouverait dans l'*Asinaria* de Plaute, en l'an 560 (4). Les mots « *malam si tibi percussero* » sont visiblement empruntés à la formule de l'action prétorienne (5). Il y a donc des actions prétoriennes pénales qui existaient avant la

(1) GAL., Comm. IV, § 109.

(2) A.-GELLE, *Nuits attiques* (II, 18, 18). « *Fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus ætatem agunt; fures publici in auro atque purpura.* »

(3) *Curculio*, 5, 2, 626. — Cf., BETHMANN HOLLWEG, *Der Römische Civilprocess*, II, p. 306, note 17.

(4) 2, 2, 104. — M. Girard exclut avec raison le *senatusconsultum de Thibœis*, de l'an 584, où les premiers éditeurs avaient cru trouver une mention de l'*actio injuriarum æstimatoria*, au profit de pérégrins, devant le préteur pérégrin. C'était une fausse lecture, qui a disparu maintenant (BRUNS, *Fontes juris romani antiqui*, p. 152 et suiv.). — Cf., GIRARD, p. 24, note 4.

(5) LENEL, p. 321, note 4. — M. Girard repousse cette concordance de termes et l'argument qu'on en tire ; il prétend que la formule concrète a dû être choisie parmi les variétés d'injures les plus usuelles. C'est, du reste, une application de sa théorie générale (p. 24).

loi *Æbutia* ; si, par conséquent, l'*actio rei uxoriæ* est pénale, elle peut être antérieure à cette loi.

57. — Or, je crois, avec M. Esmein, que l'*actio rei uxoriæ* originelle fut pénale. Cet auteur ramène à trois principales les différentes conceptions que l'on avait jusqu'à présent imaginées pour expliquer historiquement les caractères spéciaux de notre action.

58. — La première a été brillamment développée en France par Gide (1) et soutenue récemment en Allemagne par Karlowa (2). L'*actio rei uxoriæ* aurait été établie par la pratique et elle n'aurait fait que suppléer des conventions usuelles. La restitution conventionnelle de la dot aurait précédé sa restitution légale. La formule de l'*actio rei uxoriæ* contient les termes *æquius melius* qui, d'après Boèce, figuraient dans les *cautiones rei uxoriæ*, devenues nécessaires au moment où se produisirent à Rome les premiers cas de divorce scandaleux. Si on voit, dans cette *cautio*, une véritable stipulation obligatoire, il est impossible d'admettre cette opinion ; à cette époque lointaine, les *stipulationes incertæ* étaient dépourvues de toute sanction. Si, d'autre part, on ne voit là qu'un pacte intervenu entre le mari et le constituant, convenant qu'au cas de divorce, si le mari et la femme ne s'entendaient pas sur la portion de la dot qui devait être restituée à celle-ci, la question serait portée devant un arbitre, délégué par le magistrat, on ne comprend pas comment le magistrat aurait pu soumettre à un arbitre une convention juridiquement nulle. Il faut alors arriver à dire, avec Gide, que cette promesse n'était

(1) P. 512.

(2) *Römische Rechtsgeschichte*, II, 213.

pas vraiment obligatoire, et qu'il ne pouvait être question de l'invoquer devant le magistrat. « Pour s'acquiescer de cette promesse, » dit-il, « le mari n'avait qu'à se conformer à l'ancien usage ; il devait réunir, lors du divorce, un conseil de parents et d'amis qui déterminaient, suivant l'équité et les convenances (*quid æquius melius esset*), la partie de la dot que le mari pouvait garder et celle qu'il devait rendre. » On évite ainsi toutes les objections, mais on retombe dans la seconde hypothèse, que je vais maintenant exposer.

59. — L'*actio rei uxoriæ* aurait pour origine non pas la convention des parties, mais la jurisprudence des tribunaux de famille en matière de divorce. Le mari, ou le chef de famille, si le mari est *alieni juris*, peut, en qualité de magistrat domestique, chasser la femme coupable, comme il a le droit de chasser son enfant. Mais la dissolution du mariage par voie de répudiation est subordonnée à certaines conditions. Le chef de famille doit être, pour prononcer sa décision, entouré d'un conseil, d'un tribunal domestique, qui comprend en l'hypothèse les cognats de la femme. Leur présence est une garantie contre la partialité du mari ou du *paterfamilias* (1). Mais le mari ne laissait pas sans ressources la femme qu'il chassait de sa famille. Une *lex regia*, attribuée à Romulus (2), avait obligé le mari qui répudiait sa femme sans motif sérieux (3) à consacrer une partie de ses biens à Cérès

(1) Cf., CUQ, p. 226 ; — ESMEIN, *Mélanges*, p. 78, note 4.

(2) PLUTARQUE, *Romulus*, 22.

(3) Les Romains considéraient comme motifs sérieux : l'adultère, le sortilège, la soustraction des clefs du cellier (Cf., CUQ, p. 227).

et à restituer la dot. L'usage, issu sans doute de cette loi, s'était établi de faire statuer par le tribunal de famille sur la portion de la dot qui devait être ainsi restituée. Une faute ordinaire de la femme entraînait perte partielle (*mulctatur*), une faute grave entraînait perte totale (*condemnatur*). C'est ainsi qu'on interprète Aulu-Gelle (1) : « *Vir, inquit, cum divortium fecit, mulieri judex pro Censoribus est... Si quid perverse tetrequæ factum est a muliere, mulctatur, si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid facit, condemnatur.* » Le *judex* dont il s'agit serait le mari lui-même. Je pense au contraire, et cela me paraît le sens grammatical de la phrase, qu'il était question d'un juge ordinaire, ou, si l'on veut, d'un arbitre. Quoi qu'il en soit, il fallut, au jour où la famille romaine perdit son organisation primitive, où la justice domestique devint suspecte, avoir recours à une autre institution : ce fut l'*actio rei uxoriæ* (2). Les chefs de famille ne prenaient plus au sérieux leur rôle de juge; ils répudiaient, avec la connivence de leur conseil, des femmes à qui l'on n'avait rien à reprocher, il fallait protéger efficacement la femme par l'intervention du magistrat. Une objection grave s'élève devant cette ingénieuse conception : c'était la femme qui comparait devant le tribunal de famille, c'était contre elle qu'était rendue la sentence; l'action qui aurait dû sortir du *judicium domesticum* serait donc non pas l'*actio rei uxoriæ* dirigée par la femme contre son

(1) *Nuits attiques*, X, 23, 4.

(2) A ce moment, à la fin de la république ou au début de l'empire, la notion du mariage, restée jusque-là en dehors du droit véritable, entre dans le domaine du droit.

mari, mais l'*actio de moribus mulieris* intentée par le mari contre la femme coupable.

60. — Enfin d'autres auteurs (1) ont soutenu qu'ici, comme en matière de dépôt, de commodat, de fiducie, le devoir de restituer tout ou partie de la dot n'aurait eu primitivement pour sanction que la *fides*. L'obligation juridique aurait apparu ensuite, sanctionnée par l'*actio rei uxoriæ*. Cette idée est, à mon sens, complètement exacte, mais elle n'est pas suffisante : elle ne fut qu'un élément dans la formation historique de l'*actio rei uxoriæ*.

61. — La conception présentée par M. Esmein peut se formuler ainsi : « L'*actio rei uxoriæ* fut originai-
« rement une action pénale, et le délit qu'elle répri-
« mait était l'*injustum repudium* de la part du mari » (2). Le juge appliquait, comme dans toutes les autres actions *in bonum et æquum conceptæ*, une amende arbitraire dont le montant était fixé d'après son appréciation personnelle. J'indique brièvement les arguments invoqués par cet auteur.

On trouve, dans le droit romain classique, fonctionnant comme une sorte d'*actio contraria* de l'*actio rei uxoriæ*, l'*actio de moribus mulieris*, peut-être *in bonum et æquum concepta*, mais à coup sûr, donnée au mari contre la femme et lui permettant de retenir certaines des choses constituées en dot. Or cette action punit chez la femme le dérèglement des mœurs, c'est une action pénale, elle est portée devant le même juge que l'*actio rei uxoriæ*, il semble donc vraisemblable de soutenir que cette dernière est, elle aussi, pénale,

(1) Notamment, ACCARIAS, t. II, n° 869, p. 1002, note 2.

(2) ESMEIN, pp. 151 et 152.

destinée à réprimer un délit. L'une est dirigée par le mari contre la femme, à raison des fautes commises pendant le mariage ; l'autre, par la femme contre le mari, à raison du divorce et des faits qui l'ont motivé (1).

D'autre part, l'un des plaidoyers favoris des rhéteurs romains est celui d'une femme répudiée qui intente, à l'occasion même de cette répudiation, une action pécuniaire contre son ancien mari. C'est ce qu'ils appellent l'*actio injusti repudii* ou *malæ tractationis* (2). Et Quintilien (3) indique expressément que cette action répondait à l'*actio rei uxoriæ*. Il semble bien qu'il y ait là un vestige d'une ancienne conception juridique, disparue au temps de Quintilien, dans laquelle l'*actio rei uxoriæ* aurait été une véritable action pénale pour *injustum repudium*.

Notre action aurait ainsi passé de la théorie du délit dans la théorie, plus avancée et plus nouvelle, des contrats. C'est la marche générale du droit romain et de toutes les anciennes législations. Ihering l'a magistralement démontré. Les droits ont commencé par être protégés au moyen d'une répression pénale dirigée contre ceux qui les violaient. Le but juridique de l'*ac-*

(1) L'*actio de moribus* fut probablement créée pour le cas où la restitution de la dot avait fait l'objet d'une stipulation. En ce cas, la femme pouvait intenter l'*actio ex stipulatu* pour le tout ; une action pénale fut alors donnée contre elle. On l'étendit ensuite à toutes les hypothèses, pour ne pas obliger le mari à se contenter d'une simple *exceptio* opposée à l'*actio rei uxoriæ*, et lui permettre de prendre les devants. (Cf., ESMEIN, p. 154.)

(2) QUINTILIEN, *Decl.*, n^{os} 251, 383.

(3) *Instit. orat.*, l. VIII, ch. iv : « *Quæ illic malæ tractationis, hic rei uxoriæ, cum quæritur utrius culpa divortium factum sit.* »

tio rei uxoriæ, c'était la *pœna* due à la femme injustement répudiée; mais, en fait, elle aboutissait à la restitution totale ou partielle de la dot. C'était la dot qui servait de mesure à la *pœna*. La femme n'était pas créancière de sa dot, elle ne pouvait l'obtenir que sous forme de peine, mais le résultat matériel était le même. « On pouvait dire que la femme divorcée « réclamait sa dot par l'*actio rei uxoriæ* comme on « pouvait dire que la personne lésée réclamait une « indemnité par l'*actio legis Aquiliæ*. » (1)

62. — Ce caractère pénal originaire de l'*actio rei uxoriæ* explique en grande partie les caractères de cette action (2), mais les actions *in bonum et æquum conceptæ* présentent des différences assez nombreuses avec les actions pénales ordinaires; c'est pour cette raison que je crois nécessaire de préciser davantage la théorie, et de montrer que le délit que l'on poursuivait par l'*actio rei uxoriæ* est un de ceux où la place prépondérante appartient à l'élément moral, où la partie lésée cherche surtout à punir la mésestime de sa personnalité. Je pense en effet, avec M. Poîsnel, (3) que l'*actio rei uxoriæ* fut à l'origine, comme toutes les autres actions *in bonum et æquum conceptæ*, un cas d'application de l'*actio injuriarum*. Ce qui était dû par le mari, c'était une sorte de composition pour une injure spéciale. Cela me paraît évident au cas d'*injustum repudium*; on ne peut certes

(1) ESMEIN, p. 157.

(2) ESMEIN, pp. 157 et suiv.

(3) *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains, Nouvelle Revue historique*, 1879, pp. 431 et suiv., plus spécialement au chap. III, pp. 536 et suiv.

pas imaginer une atteinte plus grave à l'honneur et à la considération de la personne.

63. — Mais M. Poisnel a été plus loin, et il a étendu sa théorie à toutes les hypothèses d'*actio rei uxoriæ*. Si, dit-il, la femme prédécède, et qu'il s'agisse d'une dot profectice, le mari, resté sans enfants, doit, moralement parlant, rendre la dot au *paterfamilias*. Son refus est une insulte pour le père, et c'est sur cette insulte qu'est fondée, en ce cas, l'*actio rei uxoriæ*. C'est ainsi que M. Poisnel explique la loi 6 *pr.*, D., *De jure dotium* (1) : « *Jure succursum est patri, ut* » « *filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos* » « *ab ipso profecta : ne et filix amissæ, et pecuniæ dam-* » « *num sentiret* ». Les mots : « *solatii loco* » signifient, d'après lui, « à titre de peine », et il cite en effet un texte où la *pœna* paraît être désignée par le mot « *solatium* » (2).

Si, d'autre part, on se place dans l'hypothèse du prédécès du mari, ou la femme était *in manu*, et alors elle compte parmi les héritiers siens et elle a la *querela inofficiosi testamenti*, application de l'*actio injuriarum*, pour faire tomber le testament qui la priverait de sa part héréditaire ; ou elle était mariée *sine manu*, et alors le mari qui a oublié dans son testament le *prælegatum dotis* au profit de sa femme, a manqué à son devoir ; la femme se trouve victime d'une *injuria*, c'est à ce titre qu'on lui accorde l'*actio rei uxoriæ*.

Je ne saurais admettre la théorie dans des limites aussi étendues. A l'origine, l'*actio rei uxoriæ* n'était donnée qu'au cas de divorce, c'est du moins ce qui

(1) XXIII, 3.

(2) L. 3, D., *De litigiosis*, XLIV, 6.

ressort du passage où Aulu-Gelle, d'après Servius Sulpicius, nous décrit la naissance de cette action. Les actions données soit au père, au cas de dot profectice et de dissolution du mariage par la mort du mari, soit à la femme, sont certainement de formation plus récente. L'action du père était fondée sur l'équité : j'accepte dans toute sa naïveté l'explication de Pomponius : c'est une consolation de recouvrer la dot (*solatium loco*) ; il eût été bien dur de perdre à la fois sa fille et son argent(1). Il n'y avait pas, à l'époque originaire, d'obligation même morale de restituer la dot : la maxime : « *dotis causa perpetua est* » était rigoureusement exacte ; en refusant la restitution, le mari usait de son droit strict, il ne pouvait pas être question d'*injuria*.

D'autre part, l'action donnée à la veuve était, au début, absolument distincte de l'action donnée à la femme répudiée. Elle n'aurait pas été une extension de l'ancienne action, mais une action nouvelle. Ulpien, en effet, lorsqu'il expose les règles de l'*actio rei uxoriæ* (2), n'indique pas qu'elle prenne naissance au cas de dissolution du mariage par la mort du mari, et l'édit de *alterutro* se comprend plus aisément si une action distincte existait au profit de la veuve. Cette action n'aurait été qu'une action subsidiaire, et elle était *rei persecutoria*.

Je crois donc que l'explication de M. Poinsel est une adaptation faite après coup de l'ancienne idée de délit

(1) Dans le texte cité par M. Poinsel, le mot *solatium* peut fort bien être traduit comme à l'ordinaire ; le sens du texte est très satisfaisant.

(2) *Regulæ*, VI, 4 à 7.

à des hypothèses où vraisemblablement elle n'est pas intervenue. Il n'y eut, au début, qu'une *actio rei uxoriae* ; elle était pénale et punissait le délit d'*injustum repudium*.

64. — Mais les formations historiques ne sont pas aussi simples, il y a toujours et fatalement une époque de confusion où des éléments quelquefois contradictoires se mélangent avant de donner le jour à une théorie nettement définie. Et j'estime qu'en ce qui concerne l'*actio rei uxoriae*, il s'est mêlé à l'élément pénal et délictuel un élément contractuel.

Le chef de famille, magistrat domestique, entouré du conseil des parents, avait, à l'origine, un pouvoir discrétionnaire qui n'était limité que par la crainte d'un blâme du censeur. Or, quand les divorces se multiplièrent, il devint difficile aux censeurs de s'occuper de toutes les affaires. Leurs fonctions ne s'exerçaient que tous les cinq ans, et pendant ce laps de temps, la femme pouvait souffrir de la décision prise à son égard dans le *judicium domesticum*. Aussi, peu à peu, on prit l'habitude de soumettre la question à un homme de bien choisi pour arbitre, dont la décision n'avait, comme celle du censeur, qu'une valeur purement morale : *judex pro censore est*. Mais, d'autre part, et c'est là l'élément contractuel, l'usage s'était introduit, de la part du chef de famille, du mari, de promettre la restitution, au cas de divorce, d'une certaine partie de la *res uxoria*. Cette promesse n'avait, elle aussi, à l'origine, qu'une sanction purement morale ; celui qui la violait était déshonoré et encourait la colère des Dieux ; il ne remplissait pas les devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens et était l'objet d'un blâme du censeur (*nota censoria*) qui

entraînait une flétrissure (*ignominia*) (1). En cas de doute sur la façon dont on devait accomplir son devoir, la question était soumise à un arbitre, choisi d'un commun accord entre les parties, qui émettait un avis dépourvu de toute efficacité juridique. Ce sont ces promesses qui passèrent peu à peu dans le domaine du droit : elles sont l'origine des *cautiones rei uxoriæ*. C'est pour le cas où elles n'avaient pas été faites que l'on donna une *actio rei uxoriæ* dont le fondement était véritablement un engagement, une convention. Peu à peu l'idée d'injure disparut, on finit par attribuer à la femme un droit sur la dot ; à ce moment, l'élément pénal s'est effacé devant l'élément contractuel, l'*actio rei uxoriæ in bonum et æquum concepta est rei persecutoria*.

65. — J'ai ainsi terminé l'étude que je m'étais proposée : j'ai essayé de dégager les caractères classiques des actions *in bonum et æquum conceptæ*, de donner la cause commune de toutes les anomalies qu'elles présentent, et, remontant ensuite aux origines, aidé des admirables travaux d'Ihering, j'ai tenté d'établir sur ce point spécial la prépondérance de l'élément pénal dans les législations primitives et l'évolution qu'il a subie dans l'une de nos actions, de montrer le petit nombre des actions à l'origine du droit romain et leurs applications successives à des cas nouveaux. Toutes nos actions n'ont été, au début, que des hypothèses spéciales de l'action d'injures ; c'est grâce à l'idée morale qui dominait dans l'*actio injuriarum*, que

(1) Cf., sur tous ces points, VON IHERING, *Esprit du droit romain*, t. II, § 30, pp. 49 et suiv. — Cf., également, CUG, pp. 663 et suiv.

peuvent facilement s'expliquer les règles exceptionnelles des actions *in bonum et æquum conceptæ*. Basées à l'origine sur une atteinte à la dignité, à l'honneur, à la considération de la personne, elles ne pouvaient qu'être individuelles et le montant de la condamnation ne pouvait qu'être fixé arbitrairement par le juge. Le procès devint plus tard une simple question d'intérêt, mais les traces de l'idée ancienne subsistaient, maintenues par les traditions, et c'est dans la conception originaire de l'*actio injuriarum* que l'on trouve la source de toutes les anomalies des actions *in bonum et æquum conceptæ*.

DROIT FRANÇAIS

LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

ET

LA POLICE DES MOEURS ⁽¹⁾

INTRODUCTION

1. — L'individu, vivant en société, ne peut pas rationnellement être laissé sans défense en présence du pouvoir social, maître de tous les droits et par conséquent capable de tous les abus. La société est, en effet, un fait naturel, en quelque sorte organique ; il n'y a pas eu, même à une époque très lointaine, des hommes isolés, complètement libres, qui auraient eu le droit de mettre à exécution toutes leurs volontés

(1) Les ouvrages le plus souvent consultés, et que je citerai en me référant au seul nom de l'auteur, sont :

BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e édition, 1885-1886.

BLANCHE, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, 1861-1872.

CARNOT, *Commentaire du Code pénal*, 1823-1824.

CARNOT, *De l'instruction criminelle*, 1829-1830.

CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 6^e édition, par VILLEY, 1887.

quelles qu'elles fussent, et qui, au jour où ils auraient compris l'utilité du groupement social, auraient, non pas aliéné leur liberté, mais sacrifié à l'intérêt général leurs intérêts particuliers, et mis les droits qu'ils possédaient en communauté au profit de la collectivité nouvelle. L'homme nature n'a jamais existé que dans l'imagination de Rousseau, la théorie du contrat social est une utopie. Il y a toujours eu des sociétés ; elles sont nécessaires pour la vie et le développement de l'individu, car si ce n'est pas de l'abandon des droits individuels que naissent les droits sociaux, ce n'est pas non plus l'Etat qui concède des droits à l'individu. Les droits sociaux et les droits individuels ont toujours coexisté, et la souveraineté, c'est-à-dire l'autonomie juridique de l'Etat, autonomie qui ne dépend d'aucun pouvoir supérieur, ne peut pas être absolue.

2. — L'Etat doit avoir tous les droits qui lui sont

F. R. DARESTE et P. DARESTE, *Les constitutions modernes*, 1883.

DECOURTEIX, *La liberté individuelle et le droit d'arrestation*, 2^e édition, 1880.

DUVERGIER, *Collection complète des lois*.

FIAUX, *La police des mœurs en France et dans les principaux pays de l'Europe*, 1888.

GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1888-1894.

GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, 5 vol. parus, 1882-1894.

GLASSON, *Histoire du droit de l'Angleterre*, 1882-1883.

F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e édition, 1867.

ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*.

LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 1887-1888.

LAFFERRIÈRE et BATBIE, *Constitutions d'Europe et d'Amérique*, 1869.

PARENT-DUCHATELET, *De la prostitution dans la ville de Paris*, 1837.

SERRIGNY, *Droit public des Français*, 1845.

TRIPPIER, *Constitutions qui ont régi la France*, 1879.

nécessaires pour accomplir la mission qui lui est assignée, mais le droit de l'Etat, partant de l'intérêt individuel, ne peut pas être la négation du droit individuel. Il y a une partie de l'existence qui reste forcément indépendante et qui échappe à la compétence sociale : la souveraineté de l'Etat s'arrête au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle. La fin de la société, c'est l'individu ; la société a pour devoir de garantir les droits de chacun, c'est dans cette mesure qu'elle a des droits, et c'est pour cela que la société la plus prospère est celle où la personne de l'Etat est réduite à son minimum, celle où chacun, agissant dans la limite de ses droits, ne mettant à exécution que ses volontés légitimes, respectera de lui-même les droits des autres et rendra d'autant moins utile l'intervention du pouvoir social.

On a soutenu, il est vrai, que la souveraineté était absolue parce qu'une loi peut toujours modifier une loi précédente, parce que la souveraineté peut toujours reprendre ce qu'elle a accordé. Mais c'est là une confusion entre la question théorique et la question pratique. Sans doute le pouvoir social pourra, au nom de l'intérêt général, supprimer ou restreindre certains droits individuels, et l'on devra obéissance à la loi. Mais si l'intérêt général n'était pas en jeu, si par conséquent l'Etat avait outrepassé ses droits, il serait juridique de résister à la violation légale du droit individuel. Il y a des droits supérieurs à la souveraineté que la souveraineté doit respecter ; il n'y a pas de loi contre la loi, mais il peut y avoir des droits contre la loi.

3. — La liberté individuelle est donc, dans l'acception la plus large du mot, l'exercice des volontés légi-

times de chacun, dans la limite des nécessités de l'ordre social ; c'est, en d'autres termes, le droit de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher. Cette définition, plutôt philosophique, de la liberté, comprend tous les droits individuels (1). Mais quand on parle, en droit, de liberté individuelle, on attache à ces termes un sens beaucoup plus restreint, celui que leur attribuait Montesquieu lorsqu'il disait : « La « liberté consiste dans la sûreté, ou du moins dans « l'opinion que l'on a de sa sûreté (2) ». Cette opinion ne peut exister que dans les pays où l'arrestation et l'incarcération des citoyens ne sont permises qu'en vertu de dispositions spéciales de la loi, et suivant des formes fixées d'avance. L'arbitraire détruit toute liberté, il est contraire à l'ordre social lui-même, puisque la société doit garantir également les droits des individus. Ce qui préserve de l'arbitraire, ce sont les formes imposées par la loi ; l'Etat qui permet leur violation n'accomplit pas sa mission, et les fonctionnaires qui les violent engagent leur responsabilité.

4. — Avant la Révolution de 1789, la liberté individuelle n'existait pas, puisque le roi avait le pouvoir discrétionnaire de faire arrêter et emprisonner ses sujets. Lorsque la raison d'Etat ou l'intérêt de quelque puissante famille paraissait exiger la disparition, perpétuelle ou temporaire, d'un individu, le souve-

(1) C'était celle de l'art. 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1791. Cet article portait en effet : « La « liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à au-
« trui ; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a
« de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la
« société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peu-
« vent être déterminées que par la loi » (V. TRIPIER, p. 9).

(2) *Espirit des lois*, liv. XII, chap. II.

rain faisait usage des lettres de cachet. Ces lettres, écrites par ordre du roi, signées par un secrétaire d'Etat et revêtues du cachet royal, permettaient l'emprisonnement du prétendu criminel qu'elles visaient ; sur le vu de la seule lettre de cachet, il était reçu par le gouverneur de la prison et détenu jusqu'à nouvel ordre. Les abus, déjà très grands sous Louis XIV, devinrent considérables sous Louis XV ; il suffisait d'avoir déplu au roi ou à quelque grand seigneur pour qu'immédiatement on fût incarcéré en vertu d'une lettre de cachet. Mais des voix s'élevaient déjà en faveur de la liberté : « Aucun citoyen, dans votre « royaume », disait Malesherbes au roi le 14 août 1770, au nom de la Cour des Aides, « n'est assuré de ne pas « voir sa liberté sacrifiée à une vengeance, car per- « sonne n'est assez grand pour être à l'abri de la « haine d'un ministre, ni assez petit pour n'être pas « digne de celle d'un commis de ferme. » A l'avènement de Louis XVI, on fit mettre en liberté les prisonniers d'Etat, et il faut, pour être juste, reconnaître que sous ce prince l'usage des lettres de cachet fut très peu répandu ; les abus avaient presque complètement cessé, et le peuple ne trouva à la Bastille que fort peu de prisonniers. Mais s'il est permis d'admirer sur ce point la modération de Louis XVI, il n'en est pas moins vrai que ce n'était là qu'une qualité personnelle, que les lettres de cachet pouvaient encore être employées, et que la liberté des citoyens était à la merci d'un changement de volonté du souverain. L'arbitraire avait à peu près disparu, mais rien n'empêchait son retour. L'usage, même restreint, des lettres de cachet, et bien mieux la seule possibilité de leur existence, sont incompatibles avec la liberté indi-

viduelle, et l'on peut dire par conséquent qu'avant 1789 elle n'était connue en France que par les écrits des philosophes. C'est à la Révolution que revint l'honneur d'en proclamer le principe et de protéger les citoyens contre les abus du pouvoir.

5. — Les législateurs de 1791 n'avaient du reste qu'à suivre les traces de l'Angleterre où, depuis longtemps, la liberté individuelle était reconnue et entourée des plus sérieuses garanties : la responsabilité civile et pénale de ceux qui violent les droits des citoyens et le droit de résister même par la force aux actes arbitraires et illégaux. La Grande Charte du roi Jean-sans-Terre de l'an 1215 porte en son article 42 : « *Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur nisi per legale iudicium parium suorum vel legem terre* (1) ». Aucun homme libre ne doit être arrêté ni emprisonné qu'en vertu du jugement de ses pairs ou de la loi du pays. Cette disposition était un peu vague, dépourvue de sanction, mais elle posait un principe dont il suffisait d'assurer l'application. On peut s'étonner qu'à une époque aussi lointaine, où l'idée du droit individuel était presque effacée, il y ait eu en Angleterre un texte qui consacre la liberté de chacun. Mais il est facile de l'expliquer quand on remarque que la Grande Charte n'est pas un acte unilatéral, émané de la seule volonté du roi, mais un contrat entre les barons et le souverain, dans lequel les barons dictent pour ainsi dire leurs conditions : chefs naturels du peuple anglais, ils défendent ses libertés

(1) Cf., GLASSON, t. III, p. 57. — MM. Laferrière et Batbie dans « *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique* » (p. 465), font de cette disposition l'art. 48 de la Grande Charte.

et les font reconnaître par le roi. Et ce fut par ces transactions successives entre les divers groupes corporatifs de la nation, que l'on développa peu à peu le principe de la grande charte et qu'on arriva à protéger d'une façon efficace le citoyen anglais contre l'arbitraire du pouvoir ou de ses fonctionnaires.

6. — Divers Statuts d'Edouard II (1) et d'Edouard III (2) rappelaient que nul ne pouvait être arrêté ni emprisonné à moins de poursuites conformes à la loi. Et l'on ne se bornait plus à proclamer le principe du respect de la liberté individuelle, on avait créé des actions pour le sanctionner, notamment le *writ* d'*habeas corpus* (3). Ce *writ* ordonne à celui qui détient un prisonnier de déclarer le jour et la cause de sa détention, pour faire consentir tout ce qu'il plaira à la Cour dont il émane, ordinairement la Cour du Banc du Roi.

7. — Mais, au commencement du règne de Charles I^{er} (4), les juges du Banc du Roi, dévoués à la Cour, décidèrent qu'il ne leur était pas permis de mettre en liberté sur *habeas corpus* les citoyens emprisonnés sur l'ordre spécial du roi (5). Si pareille doctrine avait triomphé, il aurait suffi, en Angleterre comme en France, des lettres de cachet pour priver de leur liberté

(1) Edouard II confirma en effet le Statut d'Edouard I^{er} sur les Chartres : celui ci avait signé le 5 novembre 1298 une confirmation des Chartres demandée par le Parlement (GLASSON, t. III, p. 15).

(2) St. 25, EDOUARD III, ch. v ; — St. 28, EDOUARD III, ch. III.

(3) Ce *writ* est ainsi appelé parce qu'il commence par ces mots : « *habeas corpus ad subjiciendum* ». *Subjicere* est pris ici dans le sens de livrer, représenter (Cf., GLASSON, t. V, p. 333, texte et note 7).

(4) Ce prince a régné de 1625 à 1649.

(5) Cf., GLASSON, t. V, p. 334.

un grand nombre de sujets. Mais la nation entière protestait, et les auteurs de la Pétition des droits de l'an 1628, après avoir rappelé la Grande Charte des libertés d'Angleterre et le statut d'Edouard III, disaient à Charles I^{er} : « Il est arrivé que plusieurs de vos sujets ont été emprisonnés sans qu'on en ait fait connaître le motif, et lorsqu'on les a conduits devant vos juges en vertu de l'*habeas corpus*, pour subir ce que la Cour en ordonnerait et que l'on a commandé à leurs geôliers de déclarer le sujet de leur détention, ils n'ont donné d'autres raisons sinon qu'ils étaient arrêtés par un ordre particulier de Votre Majesté, notifié par les seigneurs de votre Conseil privé; et néanmoins on n'a pas laissé de les renvoyer en prison, sans qu'ils fussent chargés d'aucun crime sur lequel ils puissent donner leurs défenses conformément aux lois (1) ». Ils suppliaient le roi de respecter les lois et les statuts du royaume qui reconnaissaient les droits et les libertés des citoyens. Charles I^{er}, après hésitations, fit droit aux réclamations de ses sujets (2).

8. — De nouvelles illégalités furent commises, et sous Charles II (3) le gouvernement imagina plu-

(1) LAFERRIÈRE et BATBIE, p. 467.

(2) Dans une première réponse, Charles I^{er} avait déclaré qu'il voulait « que le droit soit fait selon les lois et coutumes du royaume, et que les statuts soient dûment exécutés, afin que ses sujets n'aient pas lieu de se plaindre d'aucun tort ou oppression contraires à leurs justes droits et libertés que Sa Majesté se croit obligée en conscience de conserver avec autant de soin que sa propre prérogative ». Cette réponse ne fut pas jugée satisfaisante, le Parlement en demanda une plus claire, et le roi répondit : « Soit droit fait comme il est désiré » (Cf., LAFERRIÈRE et BATBIE, p. 469).

(3) 1660-1685.

sieurs moyens détournés pour supprimer en fait la garantie de l'*habeas corpus*. Le détenu était transporté dans une prison différente de celle où on l'avait d'abord incarcéré, ou on le mettait en sûreté dans des pays dépendant de la couronne d'Angleterre, mais qui ne jouissaient pas des mêmes garanties, par exemple en Irlande. Le geôlier qui recevait l'*habeas corpus* prouvait alors que le prisonnier n'était plus en son pouvoir, et refusait de faire connaître le lieu de sa détention (1). Les protestations de la nation continuèrent, et ce ne fut qu'en 1679, sous le même roi Charles II, que l'acte d'*habeas corpus* vint assurer d'une façon définitive le respect du principe de la Grande Charte, et empêcher pour l'avenir les atteintes à la liberté individuelle. L'Angleterre avait compris que la liberté personnelle devait être énergiquement maintenue et que laisser l'arbitraire aux mains du roi ou de ses fonctionnaires, c'était anéantir toutes les immunités et tous les droits.

9. — Je n'ai pas ici à analyser d'une façon complète l'acte de 1679, j'en rappelle seulement les principales dispositions (2). Toute personne arrêtée et détenue pour tout fait qui ne constitue pas une trahison ou une félonie (et le magistrat doit indiquer dans l'ordre qui provoque l'emprisonnement la cause de l'arrestation) peut obtenir du Lord Chancelier ou de l'un des juges du royaume présents à Londres un *writ* d'*habeas*

(1) Le long Parlement avait développé l'habitude des *writs* d'*habeas corpus*. Mais ces idées favorables à la liberté avaient été abandonnées sous Charles II (Cf., GLASSON, t. V, p. 336).

(2) Cet acte, qui forme le Statut 31, Charles II, ch. II, est rapporté en grande partie dans Laferrière et Bathie, pp. 469 et suiv.

corpus. Ceux-ci ne peuvent du reste refuser ce *writ* sous peine d'une amende de cinq cents livres. Les transports de prisonniers en d'autres pays sont formellement interdits, même au souverain. Des amendes sont prononcées contre les officiers publics et les geôliers qui négligent de faire exactement leur rapport sur l'ordre d'arrestation, et le prévenu amené devant le magistrat qui a délivré le *writ* doit être mis en liberté s'il peut fournir caution de se représenter en justice (1). Je laisse de côté les règles spéciales applicables aux cas de trahison et de félonie et je signale surtout la section VI de l'acte de 1679 : Aucune personne élargie en vertu d'un *habeas corpus* ne peut être emprisonnée de nouveau pour le même délit sous peine d'une amende de cinq cents livres (2). Cet acte ne peut être suspendu que dans les circonstances graves, et encore faut-il l'assentiment du Parlement, le roi ne peut pas, de sa seule autorité, en arrêter l'exécution (3). Les libertés anglaises étaient et sont encore ainsi énergi-

(1) Cf., GLASSON, t. V, pp. 337 et suiv.

(2) Cf., LAFERRIÈRE et BATBIE, p. 471.

(3) L'*habeas corpus* a été suspendu plusieurs fois : en 1689, sous Guillaume III, à l'occasion de la révolte d'Irlande et les complots destinés à rétablir Jacques II ; en 1745, à l'occasion de l'expédition du prétendant Charles-Edouard, sous le règne de Georges II ; sous Georges III (1760-1820) en 1777, par un acte « autorisant Sa Majesté à mettre en lieu sûr et détenir des personnes suspectes de s'être rendues coupables de crimes de « haute trahison dans l'Amérique du Nord ou en pleine mer » ; et en 1793, par suite des craintes qu'inspirait la Révolution française ; en 1822, à l'occasion des troubles qui accompagnèrent le rejet du bill d'émancipation des catholiques. — Plus récemment la loi du 2 mars 1881 a aboli l'*habeas corpus* pour toute l'Irlande. Cette loi (*act for the better Protection of person and Property in Ireland*) forme le St. 44, Vict., ch. IV. Elle est plus connue sous le nom de *Coercion Act*. Dans son article 1^{er}, elle

quement garanties ; la situation toute spéciale de l'Angleterre, où l'on considérait les actes constitutionnels comme des contrats entre le roi d'une part, les barons et les bourgeois de l'autre, avait produit ce résultat admirable qu'à des époques de féodalité ou d'absolutisme, il y avait en Europe un peuple, en quelque sorte souverain, maître de sa destinée, et imposant à ses rois la reconnaissance de ses libertés et de ses droits.

10 — Le sort de la France avait été différent, et il fallait la Révolution pour établir chez nous, bien des siècles plus tard, ces principes que les seules lois de l'évolution historique avaient conduit les rois d'Angleterre à admettre et à sanctionner. La déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, préambule de la Constitution des 3-14 septembre 1791 consacre en effet pour la première fois l'existence de la liberté individuelle : « Nul homme » porte l'article 7, « ne peut être
« accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés
« par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites.
« Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font
« exécuter des ordres arbitraires doivent être punis »,

permet au lord lieutenant de faire détenir, sur simple *warrant* délivré par lui, tout individu déclaré par ce *warrant* raisonnablement suspect d'avoir à une époque quelconque depuis le 13 septembre 1880 été coupable comme auteur principal ou complice de faits de nature à compromettre le maintien de l'ordre. — Cette détention sera subie dans la prison d'Irlande désignée par le lord-lieutenant. Le détenu n'aura pas droit à la liberté sous caution et il ne sera ni libéré ni jugé par aucun tribunal sans l'ordre du lord-lieutenant. — Cette loi n'est du reste que le développement de la loi du 16 juin 1871 (art. 1 à 9) qui n'était relative qu'à une partie de l'Irlande (Cf., sur cette loi, l'article de M. Babinet, *Annuaire de Législation étrangère*, 1882, pp. 26 et suiv.).

et le titre I^{er} de la Constitution garantit comme droits naturels et civils : la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir sans pouvoir être arrêté ni détenu que selon les formes déterminées par la Constitution elle-même. La déclaration des droits du 24 juin 1793 (art. 10) et celle du 5 fructidor an III (art. 8) reconnaissaient en des termes à peu près analogues le principe de la liberté individuelle. Le titre VII de la Constitution du 22 frimaire an VIII établissait des garanties, et la Charte de 1814 (art. 4), l'acte additionnel du 22 avril 1815 (art. 61), la Charte Constitutionnelle du 14 août 1830 (art. 4) répétaient le principe de 1791. « La liberté individuelle » dit la Charte de 1830 « est garantie, personne ne pouvant être pour-
« suivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi
« et dans les formes qu'elle prescrit. » La Constitution de la République Française du 4 novembre 1848, dont le préambule « reconnaissait des droits antérieurs aux
« lois positives » ne pouvait pas nier la liberté individuelle et son article 2 la place au nombre des droits des citoyens garantis par la Constitution. L'article 1^{er} du sénatus-consulte du 21 mai 1870, qui « confirme
« et garantit les grands principes proclamés en 1789
« et qui sont la base du droit public des Français », ne fut pas une concession de l'empire libéral; ce n'était que la reproduction exacte de l'article 1^{er} de la Constitution du 24 janvier 1852, non modifié par le sénatus-consulte du 25 décembre 1852. Depuis 1789, tous les gouvernements, républiques, monarchies, empires, ont donc à l'envi proclamé la liberté individuelle comme un de nos droits publics les plus sacrés et les plus inviolables, et il suffit de jeter un coup d'œil sur la plupart des Constitutions étrangères pour se

convaincre que c'est bien un droit naturel, universellement reconnu. (1)

11. — Mais toutes les solennelles déclarations des Constitutions qui ont successivement régi la France n'ont pas empêché, à certaines époques, le gouvernement de s'attribuer ou de se faire attribuer par une loi le pouvoir arbitraire que j'ai signalé comme destructeur de toute liberté; il y a eu des moments de notre histoire où, suivant l'expression de Montesquieu, « on a mis un voile sur la Liberté, comme on cache les statues des Dieux » (2). Il serait trop long de signaler tous les abus et les excès de l'époque révolutionnaire: les principes au nom desquels s'était faite la Révolution, les droits de l'homme et du citoyen inscrits en tête des Constitutions ne furent jamais autant violés. Peut-être les auteurs des lois tyranniques qui furent alors portées croyaient-ils agir au nom même de la liberté et dans l'intérêt du salut public; je n'ai pas à apprécier ni à juger leurs intentions, mais il n'est pas un homme qui soit assez peu respectueux de la liberté et de la justice pour approuver des mesures

(1) V. notamment: Belgique, 7 février 1831, art. 7, DARESTE, t. 1, p. 59. — Pays-Bas, 11 octobre 1848, art. 151, *eod. lib.* t. I, p. 103. — Prusse, 31 janvier 1850, art. 5, *eod. lib.*, p. 163. — Autriche, 21 décembre 1867, loi constitutionnelle sur les droits généraux des citoyens pour les royaumes et pays représentés au Reichsrath, art. 8, *eod. lib.*, p. 362. — Statut fondamental du royaume de Sardaigne, 4 mars 1848, art. 26, *eod. lib.*, p. 553. — Espagne, 30 juin 1876, art. 4, DARESTE, t. II, p. 4. — Portugal, Charte constitutionnelle, 29 avril 1826, art. 145, § 7, *eod. lib.*, p. 43. — Etats-Unis, Constitution du 17 septembre 1787, sect. 9, art. 2, qui maintient le privilège d'*habeas corpus*, *eod. lib.*, p. 395, et amendement IV à la loi constitutionnelle, ratifié le 15 décembre 1791, *eod. lib.*, p. 403.

(2) *Esprit des Lois*, livre XII, ch. XIX.

comme la Loi des suspects et la création du Tribunal Révolutionnaire.

12. — La Constitution de l'an VIII consacrait, je l'ai dit, toute une série d'articles (76 à 82) aux garanties de la liberté individuelle, mais son article 46 donnait au gouvernement « informé qu'il se trame quelque « conspiration contre l'Etat, le droit de décerner des « mandats d'amener et des mandats d'arrêt contre les « personnes qui en sont présumées les auteurs ou les « complices. » (1) Le pouvoir absolu de l'empereur sur la liberté des citoyens était en germe dans cette disposition.

Sans doute l'article ajoutait : « Si dans un délai de « dix jours après leur arrestation, elles ne sont mises « en liberté ou en justice réglée, il y a, de la part du « ministre signataire du mandat, crime de détention « arbitraire » ; mais le sénatus-consulte du 16 thermidor an X, qui organisa le consulat à vie, permit au sénat de déterminer par un sénatus-consulte le temps dans lequel les individus arrêtés en vertu de l'article 46 de la Constitution devaient être traduits devant les tribunaux, lorsqu'ils ne l'avaient pas été dans les dix jours de leur arrestation (2), et le sénatus-consulte du 28 floréal an XII enleva ce pouvoir au Sénat en corps pour l'attribuer à une commission de sept membres, dite commission sénatoriale de la liberté individuelle. (3)

Ce n'était là, du reste, qu'un acheminement vers le décret du 3 mars 1810 sur les prisons d'Etat : le pou-

(1) TRIPIER, p. 176.

(2) Art. 55, n° 3, TRIPIER, p. 199.

(3) Art. 60, TRIPIER, p. 212.

voir absolu, qui était aux mains de Napoléon I^{er}, devait fatalement conduire à la suppression de la liberté individuelle. « Considérant », disait l'empereur, « qu'il est un certain nombre de nos sujets qui sont « détenus dans les prisons de l'Etat, sans qu'il soit « convenable ni de les faire traduire devant les tribunaux, ni de les faire mettre en liberté; que plusieurs ont, à différentes époques, attenté à la sûreté « de l'Etat, qu'ils seraient condamnés par les tribunaux à des peines capitales, mais que des considérations supérieures s'opposent à ce qu'ils soient « mis en jugement; considérant cependant qu'il « est de notre justice de nous assurer que ceux de « nos sujets qui sont détenus dans les prisons d'Etat « le sont pour cause légitime, en vue d'intérêts « publics, et non par des considérations et passions « privées; qu'il convient d'établir, pour l'examen de « chaque affaire, des formes légales et solennelles, et « qu'en faisant procéder à cet examen, rendre les premières décisions dans un conseil privé, et revoir « chaque année les causes de la détention pour reconnaître si elle doit être prolongée, nous pourrions « également à la sûreté de l'Etat et à l'intérêt des « citoyens »; et il déterminait dans le décret les formalités à observer pour l'arrestation et la détention dans les prisons d'Etat (1). L'arrestation était ordonnée par décision rendue sur le rapport du ministre de la justice et de la police, dans un conseil privé, composé du grand juge, de deux ministres, deux sénateurs, deux conseillers d'Etat et deux membres de la Cour de Cassation (art. 1^{er}) (2); la détention pouvait se pro-

(1) Voy. ce décret au *Bulletin des Lois*, IV. B. 271, n° 5252.

(2) L'art. 1^{er} du décret renvoyait en effet au sénatus-consulte

longer pendant toute la vie du prisonnier; la seule garantie était l'examen annuel du conseil privé (art. 2). C'était l'arbitraire le plus odieux, que l'on venait ainsi de légaliser, et le Sénat conservateur, gardien de la Constitution, ne fit entendre aucune protestation : la liberté des citoyens était à la merci d'un Conseil dont les décisions n'étaient que le reflet des volontés de l'empereur.

13. - La royauté ne mit pas fin au régime autoritaire établi par Napoléon I^{er}. La loi du 29 octobre 1815 (1) donnait aux fonctionnaires le droit de faire arrêter et détenir sans jugement tous individus « soupçonnés de crimes contre la personne ou l'autorité du roi, contre les personnes de la famille royale » ou contre la sûreté de l'Etat. » La liberté individuelle était laissée à l'arbitraire des ministres par la loi du 12 février 1817 (2) dont l'article 1^{er} portait : « Tout individu, prévenu de complots ou de machinations contre la personne du roi, la sûreté de l'Etat ou les personnes de la famille royale, pourra, jusqu'à l'expiration de la présente loi (3), et sans qu'il y ait nécessité de le traduire devant les tribunaux, être arrêté et détenu en vertu d'un ordre signé du Président de notre conseil des ministres, et de notre ministre secrétaire d'Etat au département de la police générale. » La suspension de la

du 16 thermidor an x, titre X, art. 86, qui fixait ainsi la composition du conseil privé que le premier Consul devait entendre avant de faire grâce (V. cet article dans TRIPIER, p. 203).

(1) V. *Bulletin des lois*, VII, B. 36, n° 189.

(2) V. *Bulletin des lois*, VII, B. 138, n° 1719.

(3) L'art. 4 de la loi portait : « La présente loi cessera de plein droit d'avoir son effet au 1^{er} janvier 1818 ».

liberté est encore confirmée par la loi du 26 mars 1820 (1). Des réclamations s'élevèrent de toutes parts; les journaux ouvrirent une souscription en faveur des victimes de cette loi d'exception, et les membres les plus illustres du parti libéral, au nombre desquels on peut citer Casimir Perier, Odilon Barrot et Benjamin Constant, rédigèrent un manifeste qui débutait par ces mots : « Une loi d'exception a mis la personne des
« Français à la discrétion de trois ministres. Il est
« impossible que, pour l'application de cette loi, et
« surtout dans les départements, ces ministres ne s'en
« reposent sur des subalternes. Les citoyens sont
« donc inévitablement exposés aux effets des haines
« particulières, du zèle excessif et peu éclairé, et de
« dénonciations mensongères ou précipitées. » Les défenseurs des signataires du manifeste, que l'on avait traduits devant la Cour d'assises de la Seine au mois de juillet 1820, n'hésitèrent pas à juger sévèrement et à flétrir les paroles du ministre Pasquier à la Chambre :
« Je demande l'arbitraire; l'arbitraire nettement expri-
« mé peut être un remède salutaire dans de grands
« périls. »

14. — Sous le règne de Louis-Philippe, après quelques années de libéralisme, où l'on se montra respectueux des lois ordinaires et des droits individuels, le gouvernement se laissa de nouveau entraîner dans la voie de l'arbitraire et de la violence. Après l'attentat de Fieschi du 26 juillet 1835, des projets de loi rigoureux furent soumis à la Chambre : le peuple français

(1) DUVERGIER, 1820, p. 407, et *Bull. des lois*, XVII, B. 354, n° 8441 Cette loi exigeait, du reste, un ordre délibéré en conseil des ministres et signé de trois ministres au moins (Art. 1^{er}).

tout entier devait subir les conséquences du crime. Les lois de septembre (1) furent votées malgré les conseils que donnèrent, avec une courageuse énergie et une remarquable éloquence, les défenseurs de la liberté. Il y avait pourtant quelques mois à peine (17 janvier 1835) qu'une proposition de loi, émanée de l'initiative parlementaire, avait été faite pour permettre à tout individu qui se prétendrait détenu arbitrairement, d'adresser une plainte au tribunal d'arrondissement, et pour forcer celui-ci à statuer toutes affaires cessantes (2).

15. — Le 23 juin 1848, quelque temps après la proclamation de la République, éclatait à Paris une insurrection, à la suite de laquelle la Commission exécutive confiait tous les pouvoirs au général Cavaignac (24 juin 1848) (3), et le 27 juin paraissait un décret de transportation contre les insurgés (4) : « Nous avons pensé », disait le citoyen Méaulle dans son rapport, « qu'une mesure exceptionnelle qui « enlevait à la capitale tous ses ferments de discorde « et de guerre civile, qui rassurait la France tout « entière, qui faisait voir que la République ne reculerait pas devant les moyens énergiques qui pouvaient assurer son salut, était indispensable, et « nous avons dit : que la loi se taise un instant, que « le salut public soit assuré et que par mesure de « sûreté publique, tous les hommes qui ont déclaré

(1) *Moniteur officiel* du 9 septembre. — La plus importante de ces lois était une loi sur la presse.

(2) Cette proposition avait été, du reste, retirée par son auteur, M. Royer.

(3) DUVERGIER, 1848, p. 354.

(4) DUVERGIER, 1848, p. 355.

« une haine mortelle à la société disparaissent de la
« capitale, que la tranquillité renaisse, que l'ordre
« soit établi, l'ordre sans lequel il est impossible qu'on
« ait la liberté. » Cette atteinte considérable portée
au principe de la liberté individuelle était, à mon sens,
une erreur et une faute.

16. — Les mesures violentes étaient indispensables
pour imposer à la nation le second empire, issu lui-même
de l'illégalité et de la violence. Ses adversaires sont ar-
rêtés et détenus; la justice militaire et les commissions
mixtes connaissent de tous les faits de résistance au
nouvel ordre de choses, et après l'attentat d'Orsini du
14 janvier, fut votée la loi de sûreté générale du 25 fé-
vrier 1858 (1). « Le temps des provocateurs de troubles
« et des organisateurs de complots est passé », disait
l'empereur, et on lit dans l'exposé des motifs : « Il est
« nécessaire, pour garantir la liberté des honnêtes
« gens, que la liberté du mal soit contenue ou répri-
« mée. » M. de Morny, dans son rapport, se défendait
de présenter une nouvelle loi de suspects ; aucun
gouvernement, disait-il en substance, ne s'est montré
plus tolérant que le gouvernement impérial. La loi,
du reste, n'est pas faite pour ceux qui ne conspi-
rent pas, elle est faite contre les ennemis du souve-
rain qui sont les ennemis de la société même. Ces in-
tentions étaient malheureusement démenties par les
termes de la loi, qui laissaient le champ libre à l'arbi-
traire le plus complet. L'article 2 portait : « Est puni
« d'un emprisonnement de un mois à deux ans et
« d'une amende de cent à deux mille francs, tout in-
« dividu qui, dans le but de troubler la paix publique

(1) DUVERGIER, 1858, p. 27.

« ou d'exciter à la haine ou au mépris du gouverne-
« ment de l'empereur, a pratiqué des manœuvres ou
« entretenu des intelligences soit à l'intérieur, soit à
« l'étranger. » « Manœuvres » et « intelligences »
étaient des mots assez compréhensifs pour per-
mettre l'arrestation et l'incarcération de tous ceux
dont on soupçonnait l'hostilité. L'article 5 donnait en
plus au gouvernement le droit d'interner, dans un des
départements de l'Empire, ou en Algérie, ou même
d'expulser du territoire français, les individus con-
damnés pour l'un des délits prévus par la loi de sû-
reté générale. L'opinion publique semblait donc avoir
eu raison de qualifier la loi de 1858 de nouvelle loi
des suspects : la loi de sûreté, comme la loi révolu-
tionnaire, doit être blâmée au nom de la justice et de
la liberté.

17. — Je m'arrête ici dans cette rapide énumération
des lois qui ont porté atteinte aux droits individuels
et à liberté des citoyens : les événements postérieurs
sont encore trop près de nous pour qu'on puisse les
juger impartialement.

Tous les gouvernements, il est facile de le constater
après cette courte étude, sont arrivés, à une époque
donnée, à prendre au regard de leurs ennemis des
mesures arbitraires ; or l'arbitraire est, je l'ai dit,
contraire à tout gouvernement et à toute société, et s'il
faut blâmer le gouvernement qui, dans le seul but de
défendre le principe politique sur lequel il repose, a
recours à la violence et aux lois d'exception, il ne faut
pas non plus approuver celui qui, lorsque l'existence
même de la société est menacée, ne se contente pas
d'ajouter aux lois pénales ordinaires les dispositions
nécessaires pour punir des attentats jusqu'alors in-

connus, enlève aux adversaires de l'ordre social le bénéfice du droit commun, et substitue ainsi l'arbitraire à la loi.

18. — Les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent aucune déclaration des droits du citoyen ; le principe de la liberté individuelle fait aujourd'hui partie de ce droit constitutionnel non écrit, qui se trouve dans la conscience même du peuple, on ne comprend plus une société où il ne serait pas reconnu, et personne ne fait difficulté pour admettre, malgré le silence de notre Constitution actuelle, qu'il existe comme sous l'empire des constitutions qui le mentionnaient expressément, et que c'est un des droits publics fondamentaux des Français que le droit pour chacun de n'être arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites.

19. — La loi a dû, en effet, au nom de l'intérêt général, permettre en certains cas, des atteintes à la liberté individuelle : ce sont ces cas qu'il me faut examiner maintenant. L'arrestation et la détention peuvent être de deux sortes : elles peuvent avoir lieu à la suite d'un jugement de condamnation ou avant jugement.

20. — Les premières reposent sur un titre, une décision de justice, jugement ou arrêt, que je suppose du reste passée en force de chose jugée. Puisque l'emprisonnement est une des peines reconnues par le code pénal, et que, d'autre part, l'article 3 de la loi du 22 juillet 1867 a maintenu la contrainte par corps en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police, aucun doute ne peut s'élever sur la légalité d'une pareille arrestation. Mais ce qui est absolument

nécessaire, c'est que la condamnation soit prononcée par une juridiction instituée par la loi pour punir les infractions, sinon les garanties du droit individuel disparaîtraient, puisqu'il serait impossible d'assurer par un recours en cassation l'application exacte de la loi.

21. — La société a, d'autre part, le droit d'imposer à la liberté de tout citoyen les restrictions qu'exigent la sécurité publique et la poursuite des infractions dont la gravité serait un danger pour le bon ordre et la morale. Pour qu'elle puisse, en effet, remplir la mission qui lui est assignée, garantir à chacun sa liberté, il est indispensable qu'elle ait la faculté de saisir et de détenir les individus convaincus ou fortement soupçonnés d'avoir outrepassé leurs droits, et par conséquent violé le droit des autres. Mais comme la liberté est un de nos droits les plus précieux, il faut que les conditions, les cas d'arrestation soient exactement déterminés et que le législateur évite soigneusement les termes équivoques qui pourraient devenir la source des abus les plus odieux.

Au surplus, il est nécessaire, à ce second point de vue, de distinguer l'arrestation, simple saisie provisoire de l'inculpé pour le conduire devant le magistrat chargé de l'interroger, de l'arrestation qui a pour but d'arriver à la détention préventive de cet inculpé, en vertu d'un ordre émané du magistrat désigné par la loi. Cette distinction avait été établie par la Constitution des 3-14 septembre 1791, titre 3, chapitre V, article 10, ainsi conçu : « Nul homme ne
« peut être saisi que pour être conduit devant l'officier
« de police, et nul ne peut être mis en arrestation ou
« détenu qu'en vertu d'un mandat des officiers de

« police, d'une ordonnance de prise de corps d'un tribunal, d'un décret d'accusation du corps législatif dans le cas où il lui appartient de le prononcer, ou d'un jugement de condamnation à prison ou détention correctionnelle (1) », et reproduite par l'article 222 de la Constitution du 5 Fructidor an III (2). Autre chose est en effet de saisir un individu pour le faire interroger, autre chose d'ordonner sa détention. Au premier cas, il n'y a qu'une mesure de prudence, on veut éviter la fuite du présumé coupable, il ne s'agit pas encore de l'emprisonner ; au second cas, c'est l'incarcération, la privation de la liberté. La loi doit donc imposer des conditions plus rigoureuses pour la mise en détention préventive que pour la simple arrestation.

22. — Le Code d'instruction criminelle avait admis comme règle générale (je laisse de côté pour le moment les cas d'infraction flagrante) que nul ne pourrait être arrêté, ni détenu préventivement qu'en vertu d'un mandat, c'est-à-dire d'un ordre délivré par le magistrat compétent, en principe le juge d'instruction. Ces mandats sont au nombre de quatre : mandat de comparution et mandat d'amener, d'une part, mandat de dépôt et mandat d'arrêt, de l'autre. Tous doivent être signés par celui qui les a décernés, et munis de son sceau (art. 95), datés (art. 100) ; le prévenu doit y être désigné le plus clairement possible (art. 95, § 2) ; ils sont notifiés par huissier ou par un agent de la force publique et exhibés au prévenu (art. 97) ; tous enfin, sauf le mandat de comparution, sont revêtus de

(1) TRIPIER, p. 51.

(2) TRIPIER, p. 138.

la formule exécutoire (art. 108 et art. 99) et ils sont tous exécutoires par toute la France (art. 98, § 1^{er}) (1).

23. — Les mandats du premier groupe : mandat de comparution et mandat d'amener, ont pour but de faciliter l'information, d'arriver à l'interrogatoire du prévenu. En 1808, le juge d'instruction n'avait pas toujours le choix entre eux. L'ancien article 91 rendait le mandat d'amener obligatoire contre toute personne inculpée d'un crime et contre le prévenu d'un délit qui aurait fait défaut sur le mandat de comparution. En tous autres cas de délits correctionnels, à condition pourtant que l'inculpé fût domicilié, le juge avait le choix entre le mandat de comparution et le mandat d'amener. La loi du 14 juillet 1865 (nouvel article 91) donne ce choix même en matière criminelle, sauf au cas de défaut de l'inculpé.

Le premier de ces mandats est une sorte d'assignation à comparaître, à jour et heure indiqués, pour être interrogé, et l'article 93 exige que l'interrogatoire ait lieu de suite. En ce cas, aucune arrestation n'est opérée : le prévenu peut refuser d'obéir et de se rendre devant le juge d'instruction.

Le mandat d'amener, au contraire, est revêtu de la formule exécutoire et l'art. 99, § 2, déclare : « Le porteur du mandat d'amener emploiera, au besoin, la force publique du lieu le plus voisin. Elle sera tenue de marcher sur la réquisition contenue dans le mandat d'amener. » Le prévenu est mis pendant vingt-quatre heures à la disposition de la justice (art. 93).

(1) J'emprunte les développements qui vont suivre sur la théorie des mandats au cours de Droit pénal professé à la Faculté de Droit de Dijon par M. Bonneville.

Les rédacteurs du Code avaient pensé que ce mandat suffisait amplement pour s'assurer de la personne des inculpés et les obliger à comparaître, et ils avaient établi pour sa mise à exécution des formalités dont l'observation était une garantie des plus sérieuses pour la liberté individuelle. Si le prévenu visé par le mandat n'était pas trouvé, l'article 105 exigeait que le mandat fût exhibé « au maire ou à l'adjoint ou au « commissaire de police de la résidence du prévenu » ; « le maire, l'adjoint ou le commissaire de police met-
« tra, » ajoute l'article, « son visa sur l'original de
« l'acte de notification. » Si, d'autre part, il était trouvé, plus de deux jours après la délivrance du mandat, hors de l'arrondissement de l'officier qui l'a délivré et à une distance de plus de cinq myriamètres du domicile de cet officier, il ne pouvait pas être contraint de se rendre au mandat, et les articles 100 à 104 inclus organisaient pour cette hypothèse une procédure spéciale. Le mandat d'amener ne peut être exécuté et le prévenu contraint, au besoin par la force, de comparaître devant le juge d'instruction, que s'il est trouvé muni d'effets, de papiers ou d'instruments qui laissent présumer en lui l'auteur du crime ou du délit : il est alors probable, en effet, que les recherches de la justice ne se sont pas égarées et que l'on est en présence d'un coupable auquel on peut, s'il refuse d'ailleurs d'obéir à l'injonction qui lui est faite, infliger la honte d'être conduit devant le magistrat par les représentants de la force publique. Mais en toute autre circonstance, il n'y a que des soupçons qui pèsent sur le prévenu, des indices peut-être vagues de culpabilité, et on le détient provisoirement à la maison d'arrêt du chef-lieu de l'arrondissement où il a été trouvé, en

vertu d'un mandat délivré par le procureur de la République de ce lieu. Ce procureur donne avis de tous les faits et transmet les procès-verbaux au juge d'instruction qui avait décerné le mandat d'amener, et celui-ci charge le juge du lieu de l'arrestation de procéder à l'interrogatoire. Cet interrogatoire et toutes les pièces lui sont ensuite renvoyés, et il peut, lorsqu'il délivre un mandat d'arrêt, ordonner par ce mandat le transfert du prévenu dans la maison d'arrêt du lieu de l'instruction (1).

24. — L'arrestation, permise en vertu du mandat d'amener, n'a donc qu'un seul effet : obliger le prévenu récalcitrant à comparaître devant le juge pour y être interrogé ; ce n'est qu'après l'interrogatoire que le Code de 1808 donnait au juge d'instruction le droit de décerner un mandat d'arrêt, quand le fait emportait peine afflictive ou infamante, ou emprisonnement correctionnel. Le mandat de dépôt n'avait, à cette époque, qu'un caractère exceptionnel et provisoire : il ne pouvait être décerné qu'en vertu d'un texte spécial qui l'autorisait, dans les cas et par les personnes indiqués dans ces textes (art. 34, 100 et 248, C. inst. cr.). Le mandat de droit commun était le mandat d'arrêt, c'est-à-dire l'ordre donné au porteur de saisir l'inculpé et de le conduire à la maison d'arrêt, et au gardien chef de cette maison de l'y recevoir et de l'y écrouer. Ce mandat était délivré sur les conclusions du ministère public, il contenait (art. 96) l'énonciation du fait incriminé et de la loi qui le punissait, et il était irrévocable.

25. — La pratique avait assimilé le mandat d'arrêt

(1) Cf., F. HÉLIE, t IV, pp. 647 et suiv.

et le mandat de dépôt, et comme ce dernier exigeait moins de formalités et occasionnait moins de frais (1), c'était de lui qu'on usait le plus souvent. Des lois postérieures au Code d'instruction criminelle ont légalisé cette pratique : la loi du 4 avril 1855 donne le choix entre les deux mandats et la loi du 14 juillet 1865 (nouvel article 94) attribue au mandat d'arrêt le caractère révocatoire du mandat de dépôt. Tous deux sont donc aujourd'hui délivrés dans les mêmes circonstances, au cas où la peine encourue est une peine d'emprisonnement ou une peine plus grave ; ils aboutissent au même résultat : la détention préventive, et sont tous deux révocables sur les conclusions du procureur de la République. Mais le mandat de dépôt n'est pas motivé, l'article 96 ne s'applique pas à lui et les conclusions du procureur ne sont pas nécessaires pour sa délivrance. Les garanties de forme, établies par le Code d'instruction criminelle pour sauvegarder la liberté et assurer son respect, se trouvent donc actuellement en grande partie supprimées.

26. — Mais il y a un autre point de vue sous lequel la pratique judiciaire seule, sans aucune loi qui l'y autorise, a modifié profondément les règles du Code. Les rédacteurs avaient voulu que le pouvoir d'ordonner l'arrestation et la mise en détention préventive fût attribué, en principe, à des magistrats inamovibles. Or aujourd'hui, par une interprétation très extensive de la loi de 1863 sur les flagrants délits correctionnels, qui a donné au procureur le droit de délivrer,

(1) Il résulte, en effet, du II^e Tarif en matière criminelle et de police (Décret du 7 avril 1843), art. 6, 2^o, que le droit de capture n'est alloué qu'au cas de mandat d'arrêt.

en certains cas spéciaux, des mandats de dépôt, sous prétexte que nombre d'affaires, sans être à proprement parler des flagrants délits, peuvent et doivent recevoir une solution prompte, incompatible avec les règles ordinaires de l'instruction, on est arrivé à faire décerner par le procureur de la République les trois quarts des mandats de dépôt. Si l'on ajoute à cela l'usage fort répandu des mandats en blanc, il est facile de conclure que, dans un grand nombre de cas, la détention préventive résulte d'un simple mandat de dépôt, toujours non motivé, souvent signé d'avance, sans que l'on ait encore en vue un prévenu déterminé, et que ce mandat n'est même pas, la plupart du temps, délivré par le juge d'instruction, mais par le procureur, magistrat dont je ne mets nullement en doute le respect pour la liberté des citoyens et pour la justice, mais magistrat amovible, pour qui les instructions du gouvernement sont, sinon en droit, du moins en fait, des ordres qu'il ne peut qu'exécuter.

27. — Les lois criminelles avaient non seulement fixé les formes de l'arrestation et les conditions de la mise en détention préventive, déterminé les magistrats qui pouvaient les ordonner, mais elles avaient encore exigé que l'arrestation fût régulièrement exécutée par les agents de la force publique qui ont le droit de l'opérer. Ce sont les huissiers, les gendarmes, les gardes champêtres et forestiers, agissant sur la réquisition de l'autorité compétente, en vertu d'un mandat. J'ajoute à cette énumération les officiers de paix à Paris, institués par la loi des 21-29 septembre 1791, supprimés par la loi du 19 vendémiaire an iv, titre II, article 10, et rétablis par celle du 23 floréal an iv, et en général tous les agents de la police administrative

auxquels l'article 77, §§ 3 et 4 du décret du 18 juin 1811, enjoignait de prêter aide et main-forte aux huissiers. Ce sont tous des agents de la force publique qui, aux termes de l'article 97 du Code d'instruction criminelle, sont chargés d'exécuter les mandats délivrés par les magistrats compétents.

28. — Des modifications avaient été apportées par le Code d'instruction criminelle sur les trois points que je viens de passer en revue, en deux hypothèses prévues, la première par l'article 41, la seconde par l'article 46. L'article 41 définit le flagrant délit : « Le
« délit qui se commet actuellement ou qui vient de se
« commettre est un flagrant délit. Seront aussi répu-
« tés flagrant délit, le cas où le prévenu est poursuivi
« par la clameur publique, et celui où le prévenu est
« trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers
« faisant présumer qu'il est auteur ou complice,
« pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. »
L'article 46 a trait au cas où un délit, même non flagrant, a été commis dans l'intérieur d'une maison, et où le chef de cette maison a requis le procureur de le constater. On a pensé qu'alors les actes les plus urgents pouvaient et devaient être rapidement accomplis, et on a organisé une manière toute spéciale de procéder, où le procureur de la République et ses auxiliaires sont investis d'une partie des fonctions du juge d'instruction. Mais il est bon de remarquer qu'une fois les preuves réunies suivant les formes des articles 32 et suivants du Code d'instruction criminelle, le procureur (art. 45) doit transmettre sans délai au juge d'instruction tous les procès-verbaux, tous les actes, pièces et instruments dressés ou saisis; le juge d'instruction peut (art. 60) refaire les actes qui ne lui pa-

raitraient pas complets, et la procédure reprend son cours normal. L'article 32, au cas de l'article 41, ne confère du reste au procureur ces droits exorbitants que si le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante. Il suffit, au contraire, d'un fait emportant peine correctionnelle pour qu'ils soient attribués au procureur requis aux termes de l'article 46.

29. — Tout dépositaire de la force publique, et même toute personne, est tenue (art. 106) de saisir le prévenu surpris en flagrant délit ou dans les cas assimilés au flagrant délit, et de le conduire devant le procureur de la République sans qu'il soit besoin de mandat d'amener, si le crime ou le délit emporte peine afflictive ou infamante.

D'autre part, l'article 16 donne ce droit d'arrestation aux gardes champêtres ou forestiers, même au cas de simple délit, emportant peine d'emprisonnement. Mais il ne s'agit là que d'une arrestation provisoire, destinée à amener la comparution du prévenu devant le magistrat, c'est au procureur ou au juge de paix devant lequel sera conduit l'individu arrêté d'ordonner l'incarcération. L'article 40 donne, en effet, au procureur et à ses auxiliaires le droit de faire saisir les prévenus présents contre lesquels il existerait des indices graves, et si le prévenu est absent, de rendre, à l'effet de le faire comparaître, une ordonnance qu'on appelle mandat d'amener. Ce mandat met le prévenu sous la main de justice jusqu'à ce qu'on en soit revenu à la procédure ordinaire d'instruction. Sans doute, il y avait là de nombreuses dérogations aux règles protectrices de la liberté individuelle, mais on ne saurait trop observer que tout ce qui était fait avait un caractère

essentiellement provisoire, que l'individu arrêté par ordre du procureur n'était qu'en état de mandat d'amener et non en état de détention préventive, que le juge d'instruction était toujours appelé à intervenir et que la liberté se trouvait ainsi pleinement garantie (1).

30. — Mais il n'en est plus de même depuis la loi du 20 mai 1863 sur les flagrants délits correctionnels. Tout agent de la force publique et même tout citoyen peut arrêter l'individu surpris en flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles. La pratique antérieure à 1863 qui donnait en toute hypothèse, à toute personne, le droit d'arrestation au cas de flagrant délit proprement dit, et n'appliquait l'exigence d'une peine afflictive et infamante qu'aux cas assimilés au flagrant délit, a été admise, reconnue dans la discussion, elle se trouve légalisée, et même étendue, sans qu'aucun texte ait jamais été écrit pour en constater l'existence (2). L'individu arrêté est conduit devant le procureur de la République. C'est ici que l'idée fondamentale des rédacteurs du Code en matière de liberté individuelle : ne donner qu'à un magistrat inamovible le droit d'ordonner la détention préventive, a été abandonnée par les auteurs de la loi nouvelle. C'est le procureur qui délivre un mandat de dépôt, et, sur le vu de ce mandat, le prévenu est écroué à la maison d'arrêt. Je sais bien que l'on n'avait en vue que des affaires où les preuves étaient déjà rassemblées, toute prêtes, où l'on pouvait par conséquent juger vite, que l'on voulait abréger la détention préalable, mais il n'en

(1) Cf. F. HÉLIE, t. III, pp. 459 et suiv.

(2) Cf. F. HÉLIE, t. VI, p. 531.

est pas moins vrai que l'on a porté une atteinte très grave au principe de la liberté individuelle et aux garanties très efficaces que le Code avait organisées, en substituant à l'arbitraire du juge d'instruction l'arbitraire du procureur de la République. En fait, lorsqu'il n'y a pas audience correctionnelle, le procureur fait confirmer par le tribunal le mandat de dépôt qu'il a délivré. La loi n'a pas prévu cette hypothèse. Elle voulait que le prévenu fût traduit à l'audience du jour ou à celle du lendemain, elle permettait même de convoquer spécialement le tribunal, mais c'était pour juger le délit, et non pas pour confirmer le mandat de dépôt. Que cette pratique ait été inspirée par le respect dû à la liberté individuelle, je n'en fais aucun doute, mais j'ajoute immédiatement que, dans la réalité des faits, il ne s'agit là que d'une simple formalité, que le tribunal confirme presque dans tous les cas, pour ne pas dire toujours, les mandats délivrés par le procureur et que c'est ce magistrat amovible qui ordonne souverainement en pratique, comme il en avait le droit d'après la loi, la détention préventive.

31. — En tous les cas, que l'on envisage ces hypothèses exceptionnelles, ou la procédure normale où le juge d'instruction a seul le pouvoir de disposer de la liberté des citoyens, dans les cas prévus, et suivant les formes prescrites par la loi, il résulte de l'examen des textes que jamais l'arrestation, ni la détention préventive ne sont autorisées en matière de contraventions de simple police. L'article 91 ne permet en effet la délivrance des mandats de comparution ou d'amener qu'en matière criminelle ou correctionnelle et les mandats de dépôt ou d'arrêt ne sont possibles que si

le fait incriminé emporte la peine d'emprisonnement ou une autre peine plus grave (art. 94). D'autre part, la loi de 1863 n'est relative qu'aux flagrants délits correctionnels. Lorsqu'il s'agit de contraventions, une seule chose est permise aux officiers de police judiciaire et aux agents de la police administrative : constater l'existence de l'infraction par un procès-verbal, et c'est à celui qui occupe le siège du ministère public près le tribunal de simple police qu'il appartient de faire citer les contrevenants devant ce Tribunal et de requérir l'application des articles du Code pénal dont ils ont violé les dispositions.

32. — L'article 10 du Code d'instruction criminelle rangeait parmi les officiers de police judiciaire les Préfets des départements et le Préfet de police à Paris, et leur donnait le pouvoir de faire tous actes nécessaires pour constater les crimes, délits et contraventions, et en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. Il est certain qu'il y a sur ce point, dans nos lois pénales, une anomalie regrettable. On comprendrait, et c'était la solution proposée par le projet de Code d'instruction criminelle (1), que pour les crimes qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, ces fonctionnaires, agents de l'administration, fussent, dans une certaine mesure, officiers de police judiciaire, puisque ce sont là des questions qui, à tort ou à raison, paraissent rentrer dans le domaine de la politique, et que le gouvernement est seul à même d'apprécier leur gravité et l'opportunité des poursuites. Mais ce qu'il y a d'étrange, c'est que,

(1) LOCRÉ, t. XXV, p. 102. — V. les discussions auxquelles donna lieu l'art. 10, dans F. HÉLIE, t. III, pp. 115 et suiv.

mieux partagés que tous les autres officiers de police judiciaire, ils puissent, sans aucune surveillance, rechercher et constater les infractions de toute nature, et qu'on leur ait accordé à eux, fonctionnaires essentiellement révocables, représentants du gouvernement, le droit de disposer de la liberté des citoyens, alors qu'on le refusait aux procureurs, sous prétexte qu'ils n'offraient pas la garantie de l'immovibilité. Quoi qu'il en soit, le Préfet de police et les Préfets des départements sont, lorsqu'ils exercent les fonctions qui leur sont dévolues par l'article 10, soumis aux règles du Code d'instruction criminelle et ne peuvent ordonner l'arrestation que dans les cas et suivant les formes prévus par la loi (1).

33. — Mais, en pratique, l'administration s'arroge, vis-à-vis de certaines classes de citoyens, le droit d'arrestation par mesure de police, en vertu d'un simple ordre donné par elle. Or l'article 120 du Code pénal, qui permettait aux gardiens et concierges des maisons de dépôt, d'arrêt, de justice et de peine de recevoir un prisonnier au vu d'un ordre provisoire du gouvernement, ne pouvait s'expliquer que sous l'empire de la constitution de l'an VIII dont l'article 46, que j'ai déjà signalé, conférait au gouvernement le droit de décerner des mandats d'amener et des mandats d'arrêt contre les personnes présumées auteurs ou complices de conspirations contre l'Etat. Ces droits, d'ailleurs extrêmement limités, puisqu'ils ne se rapportaient qu'à une catégorie spéciale d'infractions, n'existent évidemment plus depuis l'abrogation de la Constitu-

(1) Sur la théorie de l'art. 10 du Code d'inst. crim., voyez F. HÉLIE, t. III, pp. 422 et suiv.

tion de l'an VIII, et tout le monde est d'accord en théorie pour déclarer que ce n'est qu'en vertu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt régulièrement délivré, d'un arrêt de renvoi devant la cour d'assises, d'un arrêt ou jugement de condamnation à une peine afflictive ou à un emprisonnement, que l'on peut être écroué dans une maison d'arrêt, de justice ou de peine (art. 609, C. inst. crim.), que le seul droit qui subsiste au profit des Préfets des départements ou du Préfet de police est celui que leur confère l'article 10 du Code d'instruction criminelle, et qu'ils l'exercent dans les limites de la loi commune, comme officiers de la police judiciaire, et non comme agents de l'ordre administratif.

34. — Cependant, en dépit de textes aussi formels, l'administration est ou se prétend encore aujourd'hui armée de certains droits contre certaines catégories d'individus : mendiants, voyageurs sans passeports, étrangers, aliénés, filles publiques (1). Mon but n'est pas d'étudier ici toutes ces hypothèses ; beaucoup d'entre elles ont été déjà longuement examinées, mais il y en a une dont on s'est jusqu'à présent assez peu occupé, et qui ne laisse pas pourtant d'offrir, au point de vue juridique, des questions dignes d'intérêt : l'arrestation et la détention des filles publiques. C'est cette application spéciale des prétendus droits de l'administration que je me propose d'étudier.

35. — Les filles publiques forment, en effet, dans la société, une classe à part, pour laquelle la liberté individuelle n'est qu'un vain mot. L'administration, au

Cf. CHAUVKAU et HÉLIE, t. II, pp. 202 et suiv. — GARRAUD, t. III, pp. 22 et suiv. — BATBIE, t. II, pp. 59 et suiv.

nom de la morale, au nom du bon ordre qu'elle est chargée de maintenir, s'attribue, à leur égard, l'arbitraire le plus absolu. Pour elles, ce droit primordial qu'a tout individu de n'être arrêté ni détenu que sur l'ordre d'un juge n'existe pas. Sur de simples apparences, sur des indices souvent trompeurs, et, en tous les cas, presque toujours incertains, les agents spéciaux de la police des mœurs les arrêtent et les conduisent au Dépôt de la Préfecture de police ou à la prison municipale. Sur le seul rapport d'un agent, elles sont inscrites sur le registre des prostituées, et considérées, désormais, comme indignes de toute justice. A partir de ce jour, nombreuses sont les obligations qu'elles ont à remplir, les prescriptions des arrêtés qu'elles ont à exécuter. Si elles ne se soumettent pas, si elles violent les règlements qui les concernent; si, en d'autres termes, elles commettent la contravention de l'article 471, n° 15 du Code pénal, on les arrête et on les détient préventivement, et, toujours sur le rapport d'un seul agent, celui qui a constaté la contravention, sans enquête, sans témoignages d'aucune sorte, c'est un fonctionnaire de l'ordre administratif qui les condamne : arrestation et détention préventive pour une simple contravention, peine d'emprisonnement infligée par un agent de l'administration, voilà la liberté. On ressuscite, pour les prostituées, les lettres de cachet de l'ancien régime et on les rend plus terribles, puisque c'est un agent subalterne qui les délivre.

36. — Certes, parmi ces femmes, il y en a que leurs passions et leurs vices ont seuls poussées à la débauche, mais il y en a aussi qui ont été conduites à la prostitution par la misère, abandonnées qu'elles

étaient par leurs parents, quand elles n'étaient pas livrées par eux. Pour celles-ci, il est bon de se montrer indulgent, il est utile de chercher un moyen de les arracher à ceux qui les exploitent ; pour celles-là, point de pitié, ce sont leurs mauvais penchants qui les ont perdues, il n'y a pas d'espoir de les sauver, mais pour toutes il faut la justice ; il faut que leur liberté individuelle soit garantie et placée sous la sauvegarde des tribunaux. On peut, à juste titre, s'étonner de lire dans l'ouvrage de M. Batbie (1), à propos des filles publiques : « Il y a, dans la société, une « classe dont la liberté individuelle est en dehors du « droit commun, pour laquelle aussi pas une réclamation ne s'élève contre les pouvoirs que la police s'est arrogés à son égard, parce que nul ne « voudrait prendre sous sa protection cette clientèle », et plus loin : « Ces pouvoirs sont tirés de « textes qui ne les renferment pas. » Ainsi les arrestations, les détentions par voie administrative sont, d'après cet auteur, illégales ; les textes qu'on invoque pour les justifier sont étrangers à la question. Et pourtant personne ne proteste, parce que personne ne veut prendre sous sa protection cette clientèle : les filles publiques sont soumises à la loi, mais la loi ne les protège pas. C'est aussi l'avis de M. Brayer (2) : « La séquestration administrative par mesure de correction, pour violation des règlements de police, « est, » dit-il, « légitimée par ce principe que les prostituées sont en dehors du droit commun » ; et il

(1) *Droit public et administratif*, t. II, p. 60.

(2) *Dictionnaire de la police judiciaire et administrative*.
V^o Prostitution.

ajoute : « La faculté de recourir à ce moyen n'a jamais « été contestée à l'administration. » Les prostituées semblent donc être mises hors la loi ; pour elles, les jugements des tribunaux sont remplacés par les décisions de l'administration, et l'on trouve qu'il est inutile de s'occuper d'elles et de soutenir le droit qu'elles ont, comme tout le monde, au respect de leur liberté individuelle.

Il me paraît, en effet, que si la prostituée a perdu tout droit à la considération, à l'estime, elle a encore droit à la liberté ; la société, aujourd'hui, ne la chasse plus de son sein, elle la tolère, elle lui doit donc sa protection. Il y avait aussi, autrefois, une classe sociale dont personne ne voulait prendre souci : les esclaves étaient mis, eux aussi, hors la loi commune. Mais l'esclavage était incompatible avec l'idée de la liberté individuelle, et il a disparu ; il ne faut pas que la prostituée soit une sorte d'esclave moderne, hors le droit, hors la loi ; c'est aux tribunaux qu'il appartient de garantir sa liberté contre les actes arbitraires qui l'anéantissent aujourd'hui.

37. — Je ne me dissimule pas que le mot seul de prostitution provoque chez beaucoup de personnes un sentiment de dégoût, et que les prostituées soient quelque peu au ban de la société ; mais j'estime que les droits et les libertés de tous, même de ces femmes déchues, doivent être respectés, et que l'arbitraire ne doit pas, pour elles plus que pour tout autre, triompher de la légalité. « Il faut », écrivait Jules Favre (1), « rechercher et défendre le droit et la vérité, même à

(1) Préface de la seconde édition de l'ouvrage de M. Decourteix, p. xix.

« travers les turpitudes sociales. Il n'est pas d'être si
« dégradé qui ne conserve en lui le sceau de sa cé-
« leste origine et de sa fin dernière. L'humanité, à la-
« quelle il appartient, le couvre de ses inaliénables
« immunités, et si sa personnalité, quelque souillée
« qu'elle soit, était injustement sacrifiée, ce serait la
« société qui deviendrait criminelle et détruirait ainsi
« elle-même les conditions de sa propre stabilité ».
On ne saurait exprimer en des termes plus élevés le
devoir de ceux qui veulent, avant tout, les lois appli-
cables à tous, quels qu'ils soient, et la liberté indivi-
duelle également garantie, et qui pensent que l'arbi-
traire ne peut être qu'une source d'abus et de vexa-
tions.

38. — J'aurai à examiner d'abord quels sont, en
fait, les droits que s'attribue l'administration au regard
des prostituées, et je ne parlerai, en principe, au cours
de cette étude, que des prostituées isolées. Puis, abor-
dant la question de droit, je me demanderai si ces
pouvoirs de fait de l'administration sont, ou non, con-
formes à la législation existante, et, s'ils sont illé-
gaux, quels sont les moyens donnés par la loi aux vic-
times de l'arbitraire administratif pour se faire rendre
justice.

Cette étude se divisera donc en trois chapitres :

CHAPITRE I^{er}. — Réglementation de la prostitution.

CHAPITRE II. — Légalité de la réglementation.

CHAPITRE III. — Moyens légaux d'assurer le res-
pect de la liberté individuelle des prostituées.

CHAPITRE I^{er}

Réglementation de la prostitution

39. — Le législateur peut, au regard des prostituées, se comporter de deux manières bien distinctes : les supprimer, les tolérer. Il peut considérer la prostitution comme un délit, la définir dans un texte, et infliger une peine à l'auteur du délit. Il peut, au contraire, voyant dans la prostitution un mal nécessaire, la tolérer et laisser à l'administration le droit de prendre, dans des limites plus ou moins étendues, les mesures que réclament l'ordre social et la santé publique. Ces deux systèmes ont eu successivement les préférences des différents peuples, aux diverses époques de leur histoire.

I. — RÉGLEMENTATION ANCIENNE

40. — Je laisse de côté Athènes où, au VI^e siècle avant Jésus-Christ, les lois de Solon toléraient les prostituées, mais les frappaient d'indignité : on comprenait déjà à cette époque l'inefficacité probable de lois inflexibles, inspirées par un respect, à coup sûr admirable, de la morale, qui, théoriquement, sont peut-être impeccables, mais qui se heurtent dans la pratique aux habitudes des peuples qu'elles doivent régir et ne peuvent par conséquent que rester lettre morte dans l'application.

41. — A Rome, à l'origine, la prostitution n'exis-

tait pas : pareil vice s'accordait mal avec la pauvreté, les guerres perpétuelles, et la sévérité des mœurs était suffisamment assurée par le Tribunal domestique souverain, que présidait le *Pater*, chef suprême de la famille, responsable aux yeux de ses concitoyens de l'honnêteté ou de l'infamie de ceux qui rentraient sous sa puissance. Mais quand, après les conquêtes terminées, eurent pénétré dans la République le luxe et la richesse, quand les Romains, las des combats, connurent enfin les douceurs de la paix et de l'oisiveté, la prostitution commença, et le terrain était trop bien préparé par le changement profond et rapide qui s'était opéré dans les mœurs pour qu'elle n'atteignît pas bientôt une importance considérable. Des lieux publics (*lupanaria*) sont assignés aux femmes de débauche (*meretrices*) : elles doivent s'y retirer. La seule obligation qui leur est imposée est de déclarer aux édiles leur volonté de se prostituer. On les considérait comme assez sévèrement punies par l'aveu de leur honteux métier (1). Mais cette flétrissure purement morale ne suffit bientôt plus, et malgré des lois spéciales de quelques empereurs qui défendaient l'état de courtisane aux femmes qui avaient pour aïeul, pour père ou pour mari un chevalier romain, qui ordonnaient aux prostituées de porter des robes spéciales, distinctes de celles des matrones, le développement de la prostitution publique ne fut pas arrêté. L'esclavage favorisait du reste le trafic des *lenones* : on vendait, au marché, des esclaves pour les prostituer, et l'Etat percevait sur ces ventes un impôt que seuls, Théodose et Valentinien, parvinrent à abolir comme revenu odieux

(1) Cf., TACITE, *Annales*, II, 85.

en 439. C'est à cette époque que les lois antérieures sur le *lenocinium* furent complétées, et que les achats de femmes esclaves, dans ces conditions, furent défendus et leurs auteurs punis du fouet et du bannissement. La prostitution était toujours tolérée, mais on voulait la détruire en la frappant dans une de ses sources les plus fécondes. Justinien suivit les mêmes errements, et la novelle 14 de l'an 535 ordonne contre les *lenones* le dernier supplice (1). Les mœurs étaient trop dissolues pour que pareille décision pût être exécutée, et, au Bas-Empire, la prostitution avait envahi toutes les classes de la société, les trafics de jadis étaient plus que jamais pratiqués : l'antique sévérité des Romains pour la vertu des femmes avait complètement disparu.

42. — En Gaule, la première loi portée contre les prostituées fut un Capitulaire de Charlemagne de l'an 800 ; l'empereur infligeait aux femmes publiques la peine du fouet. La féodalité, ayant fait passer la police dans les attributions des seigneurs ou des officiers municipaux là où il y avait des chartes de communes, il est probable que des règlements locaux durent exister contre la prostitution, mais il faut arriver à Saint Louis pour trouver de nouveaux monuments législatifs. Deux ordonnances de 1254 et de 1256, l'une, en latin, pour les pays de droit écrit, l'autre, en français pour les pays de coutumes, furent portées sur cette matière (2). Elles interdisaient toutes deux la prostitution et punissaient ceux qui fournis-

(1) Novelle XIV, *De lenonibus*.

(2) V. l'ordonnance de 1254 et celle de 1256 dans ISAMBERT, t. I, pp. 264 et suiv., et p. 276.

saient un asile aux prostituées (1). Mais Saint Louis fut lui-même obligé de revenir sur une aussi grande sévérité et, par une autre ordonnance, il se contentait d'exiger que les femmes « folles de leur corps et communes » soient mises hors des maisons privées et séparées d'avec les autres personnes. En tous les cas on maintenait le droit que ces femmes avaient depuis 1256 de résider en certains lieux « à ce établis ». En 1269, à la veille de s'embarquer pour la croisade, Saint Louis adresse aux régents une lettre où il leur recommande de ne plus souffrir aucune maison de débauche notoire (2). Si pareil ordre eût été exécuté, il eût fallu renoncer à l'existence des lieux « à ce établis » où la prostitution était reléguée. Mais il parut impossible de les détruire, et on continua de suivre le système des ordonnances : existence de lieux spéciaux et réglementation. C'est ainsi qu'en 1367, le Prévôt de Paris ordonne aux femmes « faisant péché de leur corps » d'aller demeurer dans les lieux publics qui leur sont destinés, fait défense à toutes personnes de leur louer des maisons en aucun endroit, et déclare que si elles sont trouvées en d'autres lieux, « les sergents, sur la simple plainte et réquisition de « deux voisins, les arrêteront et les amèneront prison-

(1) Le § 34 de l'ordonnance de 1254 (ISAMBERT, t. I, p. 273) portait en effet : « *Expellantur autem publice meretrices, tam de campis, quam de villis, et factis monitionibus, seu profectionibus, bona earum per locorum iudices capiantur, vel eorum auctoritate a quolibet occupentur, etiam usque ad tunicam vel ad pellicium. Qui vero domum publice meretrici locavit scienter, volumus quod ipsa domus incidat domino a quo tenebitur in commissum.* » V. également le § 11 de l'ordonnance de 1256.

(2) V. cette lettre dans ISAMBERT, t. I. pp. 345 et suiv., plus spécialement p. 347.

« nières au Châtelet, qu'ensuite, la vérité du fait étant connue, elles seront chassées hors la ville » (1).

43. — Vers le milieu du seizième siècle, grâce à la sévérité des ordonnances et des règlements qui les avaient appliquées, le nombre des maisons publiquement ouvertes à la débauche avait subi une diminution très sensible, mais on pouvait, d'autre part, constater l'importance de jour en jour plus grande prise par les maisons secrètes et la prostitution clandestine. De plus on retrouvait, sous une nouvelle forme, il est vrai, le *turpissimus quæstus* aboli par Théodose et Valentinien. Les villes et les seigneurs encourageaient l'organisation des maisons de débauche pour en tirer revenu (2). Aussi, en 1560, à la suite des Etats généraux d'Orléans, l'ordonnance du mois de janvier, œuvre du Chancelier L'Hospital, abolit tous les lieux publics de débauche (art. 101) (3). Le 12 février 1565, un mandement de Charles IX décide la suppression d'un lieu de débauche établi dans une rue de Paris et rappelle la théorie générale de l'ordonnance: « Dénies sont faites à tous manans et habitans de ceste

(1) V. également dans le même sens une ordonnance de Henry d'Angleterre rendue à Paris en avril 1424. Cette ordonnance est rapportée au recueil d'ISAMBERT, t. VIII, pp. 684 et suiv. — On y lit notamment: « Nous plaist et ordonnons par édit irrévocable, que tantost ces lettres veues, elles soient contrainctes de fait à vuidier hors de tous points d'icelle rue...; ores ne pour le temps advenir y puissent retourner, estre ne demourer, tenant la vie dessusdicte. » Les filles publiques sont ainsi chassées d'une rue avoisinant l'église Saint-Merry.

(2) Une ordonnance de Charles VII, rendue à Toulouse le 13 février 1424 (ISAMBERT, t. VIII, pp. 695 et suiv.) ordonne au sénéchal de Toulouse de protéger les filles publiques d'une maison de débauche établie dans cette ville, et le roi en donne pour motif le revenu considérable tiré de cette maison.

(3) ISAMBERT, t. XIV, p. 88.

« ville et fauxbourgs de Paris et autres, de souffrir en
« leurs maisons bordeau secret ne public sous peine
« de soixante livres parisis d'amende pour la première
« fois et de 120 livres parisis pour la seconde, et pour
« la troisième fois de privation de la propriété des
« maisons » (1). Ces défenses se retrouvent plus tard
dans plusieurs ordonnances du Lieutenant général de
police, notamment celles du 19 juillet 1619 (2) et du
30 mars 1635 (3).

44. — Malgré ces règlements sévères, en dépit de
ces prescriptions rigoureuses, si souvent rappelées et
exécutées avec une si scrupuleuse exactitude, la pros-
titution n'avait pas disparu : un changement de quar-
tier, une substitution de nom suffisaient aux prostituées
pour échapper aux peines dont elles étaient menacées,
et, devant les dangers que couraient la morale, la
santé publique, et, on peut le dire, le bon ordre social,
il fallait un remède plus énergique : ce fut Louis XIV
qui le découvrit. L'ordonnance du 20 avril 1684 (4)
portait : « Les filles qui auront été débauchées et celles
« qui seront en péril évident de l'être seront enfer-

(1) ISAMBERT, t. XIV, pp. 176 et suiv.

(2) ISAMBERT, t. XVI, pp. 130 et suiv. Le lieutenant de police
fait « très-expresses inhibitions et défenses à toutes personnes,
« de quelque qualité et condition qu'elles soient, de ne loger ni
« retirer en leurs maisons aucunes personnes de mauvaise vie
« sur peine de perdre les loyers, qui seront aumonez aux
« pauvres enfermez, même leurs maisons estre louées à la
« diligence du procureur du roy, pendant le temps de trois
« années, et les deniers en provenans estre baillez et délivrez
« auxdits pauvres enfermez. » Il enjoint en outre à toutes les
filles débauchées « de vider la ville et faubourgs de Paris, dans
« vingt-quatre heures après la publication de la présente ordon-

nance, sur peine d'être emprisonnez. »

(3) ISAMBERT, t. XVI, pp. 424 et suiv.

(4) ISAMBERT, t. XIX, pp. 441 et suiv.

« mées dans les lieux destinés à cet effet » et c'était pour elles la Salpêtrière. « Les femmes d'une débauche et prostitution publique et scandaleuse, ou qui en prostituent d'autres, seront, » continue l'ordonnance, « renfermées dans un lieu particulier destiné pour cet effet dans la maison de la Salpêtrière, lorsqu'elles y seront conduites par l'ordre de Sa Majesté, ou en vertu des jugements qui seront rendus au Châtelet par le Lieutenant de police à l'encontre des dites femmes, sur les procès qui leur seront instruits, pour y demeurer durant le temps qui sera ordonné, Sa Majesté voulant que les sentences dudit Lieutenant de police en ce fait particulier et dont Sa Majesté lui a attribué, en tant que besoin est, toute juridiction et connaissance, soient exécutées comme de juge en dernier ressort. Si en jugeant un procès criminel, les juges, à qui la connaissance dudit procès appartiendra, trouvent à propos de condamner à la même peine des femmes convaincues du susdit crime de débauche publique, qui se trouveront comprises dans lesdits procès, elles pourront aussi être enfermées dans le même lieu, en vertu des arrêts ou jugements qui interviendront pour cet effet » (1). Ainsi la prostitution publique est une infraction, non plus seulement punie de l'expulsion hors de la ville et du bannissement,

(1) A côté de cette très grande sévérité, il y avait place pour l'indulgence et le pardon : on trouve en effet dans cette ordonnance une disposition en vertu de laquelle « si quelque pauvre fille de Paris veut se retirer du dérèglement dans lequel elle aurait eu la faiblesse de tomber, elle sera reçue et traitée charitablement dans le dit lieu, et on lui fera apprendre ce qui lui sera le plus avantageux pour gagner sa vie et l'on pourra la garder jusqu'à ce qu'on trouve à la pourvoir. »

peines restées illusoires, mais de l'emprisonnement en un quartier spécial de la Salpêtrière, sur l'ordre du roi, sur le vu de jugements ordinaires, ou des décisions du Lieutenant général de police, auquel la déclaration du 26 juillet 1713 (1) attribue compétence exclusive vis-à-vis des femmes de débauche (2). Si j'ajoute à ces textes l'ordonnance du Lieutenant de police du 27 juillet 1777 qui, dans son article 25, « défend à tous propriétaires et principaux locataires de maisons, de louer aucunes chambres, ni donner retraite à des femmes de débauche et gens suspects » (3) et la fameuse ordonnance du 6 novembre 1778 (4) faisant « très expresses inhibitions et défenses à toutes femmes et filles de débauche de raccrocher dans les rues..... sous peine d'être rasées et enfermées à l'hôpital, même, en cas de récidive, de punitions corporelles », j'aurai terminé l'énumération des lois et règlements principaux de notre ancien droit sur la prostitution, et exposé les divers systèmes suivis par lui à l'égard des filles publiques.

45. — Ils se ramènent à deux : l'un va jusqu'à

(1) ISAMBERT, t. XX, pp. 603 et suiv.

(2) La procédure suivie à l'égard des filles débauchées, telle qu'elle est réglée par l'ordonnance de 1713, sauvegarde complètement le principe de la liberté individuelle. La poursuite ne peut en effet avoir lieu que sur déclarations signées par les voisins; ceux-ci sont de plus astreints à prêter serment. L'assignation est donnée en la forme ordinaire; l'avocat du roi au Châtelet donne ses conclusions, et au cas de dénégation de la part des parties, le lieutenant général de police peut, s'il le juge à propos, ordonner une nouvelle information. L'ordonnance réserve en outre expressément le droit d'appel devant le Parlement, en la Chambre de la Tournelle.

(3) ISAMBERT, t. XXV, pp. 69 et suiv.

(4) ISAMBERT, t. XXV, pp. 449 et suiv.

1560, l'autre de 1560 à la Révolution. Dans la première période domine la théorie des ordonnances de Saint Louis : la loi reconnaît son impuissance à détruire le mal, elle le tolère ; elle assigne à la prostitution publique des lieux déterminés ; des règlements sévères imposent aux femmes qui, au vu et su de la police locale, « font péché de leur corps » des prescriptions nombreuses, et édictent des peines de police contre celles qui refusent de s'y soumettre. Mais, hors de ces lieux assignés, aucune fille publique ne doit être rencontrée : la prostitution clandestine est interdite, et c'est par des poursuites criminelles qu'on la punit.

A partir de 1560, toutes les maisons de débauche existantes sont abolies, il est défendu d'en créer de nouvelles : la prostitution, quelle qu'elle soit, clandestine ou publique, est défendue : il n'y a plus de règlements, la loi a parlé et elle est inflexible : toutes les filles publiques doivent disparaître. J'ai indiqué les résultats de ces prohibitions absolues. Aussi on en revint à une distinction analogue à celle de 1254 et de 1256, et l'ordonnance de 1684 n'ordonne l'incarcération à la Salpêtrière que des femmes « d'une débauche et prostitution publique et scandaleuse ». Les autres sont laissées de côté. Il faut convenir que mieux valait le criterium légal et précis d'autrefois : il y avait alors une liste des lieux publics de débauche ; en dehors d'eux, la prostitution était un crime. Qu'était-ce au contraire qu'une débauche publique et scandaleuse ? Qui résoudrait les difficultés d'appréciation ? Pareil système n'allait-il pas donner à l'arbitraire une part considérable et une dangereuse influence ? Ces craintes n'étaient pas justifiées. Il ne faut pas oublier, en effet, que ce n'était pas le rapport d'un agent du guet qui

saisissait le lieutenant de police, il fallait la déclaration de plusieurs voisins, astreints à prêter serment, et ce n'est qu'après enquête que l'on statuait. Il ne suffisait pas du caprice d'un fonctionnaire administratif pour entraîner l'emprisonnement d'une fille publique : en 1684 et en 1713 comme en 1254, c'était le droit commun qui s'appliquait.

II. — ÉPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE

46. — Aucun des Codes criminels de l'époque révolutionnaire n'incrimine le simple fait de prostitution et ne le déclare punissable. Pas plus au Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 qu'au Code des délits et des peines du 3 brumaire an iv, il n'existe un article définissant une pareille infraction, indiquant ses caractères, ses éléments, et appliquant une peine à celles qui s'en seraient rendues coupables. Il n'y avait pas non plus de lois spéciales. Et pourtant le 17 nivôse an iv, le Directoire Exécutif, dans le but d'enrayer les progrès inquiétants de la débauche, adressait au Conseil des Cinq-Cents un message où il démontrait la nécessité d'élaborer une loi où seraient définis les faits punissables qui constituaient la prostitution. « Les lois répressives contre les filles publiques », disait-on, « consistent dans quelques ordonnances tombées en désuétude ou dans quelques règlements de police purement locaux et trop incohérents... Le Code pénal de 1791 et le nouveau Code des Délits et des Peines sont également muets sur cet objet important. C'est à vous qu'il appartient de suppléer à ce silence en portant une loi qui réprime enfin des désordres qu'une plus longue impunité

« rendrait peut-être redoutables au gouvernement.
« Vous voudrez que cette loi caractérise les individus
« qu'il s'agit d'atteindre et les peines qu'il convient
« de leur appliquer. Vous voudrez qu'elle indique
« d'une manière claire et qui ne laisse rien à désirer
« ce qu'on doit entendre par la désignation de fille
« publique... ; récidive et concours de plusieurs faits
« particuliers légalement constatés, notoriété publique,
« arrestation en flagrant délit prouvé légalement par
« les témoins autres que le dénonciateur ou l'agent
« de police, voilà, sans doute, les circonstances qui
« vous paraîtront caractériser cette honteuse et cri-
« minelle profession ». Aucune loi ne fut rendue. La
prostitution est donc, à cette époque, tolérée, et l'exis-
tence des maisons publiques de débauche fut recon-
nue notamment par la loi des 19-22 juillet 1791, per-
mettant (art. 10, § 2) « aux officiers de police muni-
« cipale d'entrer en tout temps dans les lieux notoire-
« ment livrés à la débauche(1) ». Mais la tolérance
n'est pas la liberté complète, et on laissait au pouvoir
réglementaire le soin de prendre les mesures néces-
saires à la sûreté, à la santé publiques.

III. — RÉGLEMENTATION ACTUELLE

47. — Les lois modernes ont suivi les errements des lois révolutionnaires : la prostitution ne constitue pas, par elle-même, une infraction ; aucun texte du Code pénal de 1810 ne la punit, aucune loi spéciale ne l'incrimine : elle est tolérée, et il y a des arrêtés qui la réglementent. C'est leur fonctionnement pratique,

(1) DUVERGIER, t. II, p. 116.

leur mise en œuvre, en d'autres termes l'organisation de fait de la prostitution qu'il me faut maintenant examiner.

Le régime actuel de la prostitution a pour base, à Paris comme dans les départements, l'inscription de la fille publique sur un registre. Les filles inscrites sont, ou enfermées dans des maisons dites de tolérance, ou isolées. Toutes, par le seul effet de l'inscription, sont astreintes à accomplir les nombreuses obligations que leur imposent les règlements de police : la moindre infraction est punie. Mais à côté de la prostitution tolérée, il y a la prostitution clandestine ; à côté des filles inscrites et soumises, il y a les insoumises, celles dont le nom ne figure pas encore dans la liste officielle des prostituées. Celles-là sont libres, mais grâce à la surveillance étroite qui les entoure et qui permet de contrôler et d'interpréter chacun de leurs actes, elles viennent bientôt augmenter le nombre des filles inscrites. Comment passent-elles d'une catégorie à l'autre ? Qui les recherche ? Qui les fait inscrire ? Et lorsqu'elles sont inscrites, qui les arrête ? Qui les condamne quand elles violent le règlement qui les concerne ?

1^o Réglementation à Paris

48. — A Paris, ces fonctions sont dévolues au service des mœurs : brigade des mœurs pour le service actif, bureau des mœurs à la Préfecture de police pour le service contentieux. Sans doute un des premiers arrêtés de M. Andrieux, dès son arrivée à la Préfecture de police (9 mars 1881), fut de supprimer la brigade des mœurs. Mais, en réalité, ceux qui la compo-

saient étaient versés dans la brigade de sûreté ; tout agent de la sûreté devenait, par le fait même, agent des mœurs. L'autonomie du service des mœurs disparaissait, mais l'institution subsistait. En 1884, M. Camescasse, devant le nombre croissant des abus, est obligé d'en revenir aux anciens usages, et il fait de la brigade des mœurs une section propre, rattachée, il est vrai, au service de la sûreté, mais ayant ses fonctionnaires particuliers (1).

Pour les filles isolées inscrites, les fonctions des inspecteurs des mœurs sont très simples : la carte qu'on leur remet au moment de leur inscription énumère d'une façon complète les minutieuses prescriptions qui les concernent, elles doivent exhiber cette carte à première réquisition, et on les arrête au cas de contravention. Mais restent les filles insoumises : pour elles, la brigade des mœurs n'a plus seulement une action de contrôle, ce sont les agents qui la composent qui vont juger les indices, les présomptions. Ce sont eux qui, souvent, sans offrir toutes les garanties de prudence nécessitées par un pareil service, vont établir la qualité de prostituée, c'est entre leurs mains que se trouvent placés la liberté, la dignité, l'honneur des femmes, de toutes les femmes, car il n'est pas besoin de rappeler ici toutes les circonstances dans lesquelles, depuis quelques années déjà, les erreurs les plus grossières furent commises, et constatées plus tard, malgré les protestations, quelque peu intéressées, de la police. Et si, dans les hypothèses d'arrestations individuelles, on peut signaler un tel arbitraire, combien plus faciles encore sont les méprises avec le sys-

(1) Cf., FIAUX, pp. 83 et suiv.

tème des râfles : râfles dans la rue, râfles dans les hôtels garnis. Ici, c'est l'arrestation en masse, la battue organisée, et alors comment concevoir comme seulement possible la constatation des faits qui doivent caractériser la débauche et la prostitution ? Pour les filles inscrites, par conséquent, c'est l'arrestation pour contravention à un arrêté de police ; pour les filles insoumises ou celles que l'agent des mœurs a considérées et flétries comme telles dans son rapport, c'est l'arrestation parce qu'elles sont présumées prostituées, alors que, pourtant, la prostitution n'est pas un délit.

Toutes sont conduites au dépôt de la Préfecture de police et enfermées dans de grandes salles communes, les prostituées connues et tolérées à côté des vraies et des fausses prostituées clandestines. Toutes aussi comparaissent devant le bureau des mœurs. Sous la direction du chef de division, le chef de bureau prononce sur le sort de chacune d'elles à huis clos, sans entendre de témoins, sans l'assistance d'un défenseur, sans le contrôle du ministère public ; il n'y a qu'une chose que l'on prend en considération : le procès-verbal de l'inspecteur des mœurs. Pour les inscrites, la contravention entraîne un emprisonnement de 4 à 15 jours à Saint-Lazare ou dans une cellule du dépôt, et la peine peut même atteindre un à trois mois de prison, s'il y a eu rébellion ou injures aux agents. On inflige aux autres, à la première arrestation, et comme avertissement, une détention de deux ou trois jours, et à la troisième, elles sont inscrites d'office.

49. — Le 15 octobre 1878, M. le Préfet Gigot, dans un règlement nouveau de la police des mœurs, essayait de réagir, de sortir de la routine, de rompre

avec les anciens usages et d'éviter, autant que possible, le scandale des abus. Après avoir recommandé aux inspecteurs des mœurs d'agir avec la plus grande circonspection à l'égard des insoumises, et de ne les arrêter qu'à la suite « d'une surveillance et après la constatation de faits précis et multipliés de provocation à la débauche », il ordonne que, en quelques circonstances qu'elles aient été arrêtées, les filles insoumises seront conduites, dans le plus bref délai, au bureau du commissaire de police du quartier où l'arrestation aura eu lieu, pour y être interrogées sans retard. Les inspecteurs devront, soit faire au commissaire de police une déclaration « circonstanciée », soit déposer entre ses mains un rapport détaillé énonçant les faits imputés à la fille. Renseignements seront pris sur sa conduite et ses moyens d'existence, et un rapport spécial sera fait sur ce point au chef de la police municipale, qui le transmettra au chef de la 1^{re} division. Les peines continuaient, d'ailleurs, à être, comme autrefois, prononcées par l'administration, mais le Préfet de police s'attribuait un pouvoir plus énergique, une surveillance plus directe et plus efficace sur les agissements du bureau des mœurs : en ce qui concernait les mineures, la décision (inscription ou condamnation à l'emprisonnement) était prise par une commission spéciale, organisée à cet effet, présidée par le Préfet ou son délégué (1), et après interrogatoire de la personne arrêtée. S'agissait-il, au contraire, d'une majeure, les anciennes règles subsistaient; mais si elle réclamait contre la punition qui lui avait été infligée,

(1) Quand la commission n'était pas présidée par le Préfet, la décision prise devait être ratifiée par lui.

gée, l'affaire était portée devant une sorte de commission d'appel, composée du Préfet ou de son délégué et de deux commissaires de police de Paris, appelés à tour de rôle. Des mains d'un fonctionnaire subalterne, l'arbitraire passait aux mains d'un fonctionnaire supérieur, et la femme arrêtée pouvait protester contre les injustes soupçons qui l'accablaient. Mais M. Gigot eut à lutter contre les plus grandes difficultés quand il lui fallut assurer le fonctionnement de ces diverses commissions : le personnel administratif, jadis souverain, supportait avec peine cette intervention et ce contrôle de son chef hiérarchique. Sous le préfectorat de M. Andrieux, ces commissions cessèrent d'exister. M. Gigot avait compris que, lorsqu'il s'agit de la liberté d'un individu, fût-ce d'une fille publique, il faut bannir complètement l'arbitraire ; sans doute, il n'était pas allé et il ne pouvait pas aller jusqu'au bout de sa tâche : fonctionnaire administratif, il était bien obligé de sacrifier quelque peu aux habitudes invétérées de l'administration ; mais l'essai, qu'il avait courageusement tenté, ne fut même pas couronné de succès ; M. Gigot se heurta à cette redoutable force d'inertie qui vient à bout des meilleures choses, et aujourd'hui, comme avant 1878, c'est un agent des mœurs qui se fait accusateur, c'est un chef de bureau de la Préfecture qui juge sans appel, et c'est au vu de sa sentence qu'on écroue les condamnées à Saint-Lazare.

2^e Réglementation dans les départements

50 — Dans les départements, beaucoup de municipalités ont suivi pas à pas les traces de la Préfecture de police. Le maire, sur le rapport d'un agent de police,

quelquefois sur la proposition du commissaire central, ordonne lui-même l'inscription. Les obligations que l'on impose aux filles soumises sont peut-être plus minutieuses et les prohibitions qui les concernent plus nombreuses encore qu'à Paris. Les moyens répressifs, au regard des contrevenantes, sont : l'arrestation, l'incarcération à la prison municipale, et la détention de deux à dix jours, prononcée sans appel par le commissaire central.

51. — Mais il y a d'autres villes où l'on s'est davantage soucié de la liberté individuelle, où l'on a restreint, dans une large mesure, l'arbitraire, source de tous les abus et de toutes les erreurs. C'est dans cet esprit qu'est conçu le règlement de Dijon du 20 janvier 1888.

L'article 1^{er} définit les femmes publiques : « Est réputée femme publique, la femme qui, sans distinction d'âge, après 21 ans révolus, a l'habitude d'exciter à la débauche sur la voie ou dans les lieux publics. » Toute fille ou femme, se livrant notoirement à la prostitution est, sur le rapport du commissaire central et par arrêté du maire, inscrite sur un registre à ce destiné, et pourvue d'une carte. Mais avant qu'il soit prononcé sur le sort, soit « de la fille qui se présentera spontanément, soit de celle que ses débordements auront livrée au public » (art. 4), une enquête doit être faite par le Commissaire central ou par ses subalternes sous sa responsabilité, et le règlement recommande de prendre « avec discrétion et urbanité » des renseignements sur les antécédents, la conduite actuelle, les moyens d'existence de la fille présumée prostituée ; et ce n'est qu'après vérification de la sincérité des aveux de cette fille ou des accusations por-

tées contre elle, après avoir prévenu sa famille, et constaté que tous les efforts, tous les essais tentés pour la ramener au bien sont restés infructueux, que l'on inflige à la fille majeure, non mariée, la flétrissure de l'inscription, qui la range officiellement dans la classe des prostituées. Pour les femmes mariées, il faut, soit consulter le mari et obtenir de lui l'aveu qu'il est dans l'impossibilité absolue de réprimer l'inconduite de sa femme, soit avoir la certitude de son absence ou de sa complicité. Les mineures, abandonnées par leurs familles, sont (art. 7) déférées au parquet et poursuivies comme se trouvant en état de vagabondage. L'administration se réserve du reste (art. 8) le droit d'expulser toute femme prostituée étrangère à la commune, qui n'y résidera pas depuis au moins un an, et les filles reconnues dangereuses pour la santé publique, que, par simple mesure administrative, elle peut renvoyer dans leurs départements d'origine.

Jusqu'ici les différences n'apparaissent pas très nombreuses avec la première catégorie d'arrêtés : c'est le maire qui ordonne l'inscription, c'est au rapport de l'agent des mœurs que l'influence prépondérante est accordée. Pourtant, on se livre à une enquête discrète, la famille est appelée à intervenir, les mineures ne doivent pas être inscrites : ce sont là des garanties sérieuses pour la liberté. Je ne sais si en pratique toutes ces excellentes dispositions de l'arrêté sont rigoureusement exécutées, mais il est à penser que les agents de la police, peu nombreux, et par cela même en rapport plus direct avec toutes les classes de la population, ont pu éviter les erreurs, que les efforts si louables du règlement de 1888 ne sont pas

restés stériles, et que l'on ne trouve pas des mineures inscrites sur les registres de la prostitution.

Mais il y a un point sur lequel le règlement de Dijon se distingue nettement des règlements de Paris et des municipalités qui ont suivi les errements de la Préfecture de police : l'infraction à l'arrêté sur les filles soumises est poursuivie et punie dans les termes du droit commun. L'agent de police dresse procès-verbal contre la fille inscrite contrevenante ; elle est citée, à la requête du commissaire de police remplissant les fonctions du ministère public devant le tribunal de simple police, à la barre de ce tribunal : c'est un juge et non un fonctionnaire administratif qui la condamne. La prostituée n'est pas mise hors la loi ; pour elle, comme pour tous les contrevenants, il y a un juge, offrant toutes les garanties nécessaires de sagesse et de prudence, d'indulgence et de fermeté. Sans doute il pourra se faire que le procès-verbal soit dressé à l'insu de la femme, que la citation ne soit pas notifiée à personne parce que le domicile ne sera pas exactement connu, il pourra arriver que la condamnation soit prononcée par défaut, mais c'est aux filles publiques qu'il appartient de ne pas se soustraire à la justice impartiale qui leur est réservée, et de ne pas détruire par leurs fausses déclarations l'efficacité des mesures édictées pour la protection et la sauvegarde de leurs droits et de leur liberté.

3^o Réglementation à l'étranger

52. — Les partisans de la police des mœurs et de ses agissements trouvaient un argument puissant dans l'introduction, relativement récente, de la régle-

mentation en Angleterre. En 1864, en 1866 et en 1869, trois *Acts* du Parlement avaient, en effet, organisé un système de surveillance, une série de pénalités, à l'égard des femmes publiques, c'est-à-dire « des femmes que le policeman aura de bonnes raisons de croire prostituées publiques. » Il est vrai que la portée de ces lois était restreinte : elles ne s'appliquaient en effet qu'à des centres militaires, à des stations navales, limitativement énumérés, mais on pensait qu'il n'y avait là pour l'Angleterre, sortie enfin de son abstention séculaire au regard de la prostitution, qu'un acheminement vers la réglementation générale. Ces espérances ont été déçues : l'idée nouvelle, qui s'était fait jour, violait les principes les plus certains de la Constitution anglaise, mettait à néant les libertés octroyées par la Grande Charte ; le privilège d'*habeas corpus* était supprimé par ces lois « adoptées à l'insu de « tout le monde (1) », dans des séances très peu suivies ; la liberté individuelle d'un citoyen anglais était livrée par elles aux mains d'un agent de police. L'expérience, du reste, était loin d'être concluante ; les résultats matériels de la réglementation étaient fort contestables, et d'autre part les abus et les erreurs se multipliaient tous les jours. Le peuple anglais ne supporta pas longtemps cette violation de ses privilèges les plus chers, de ses droits les plus sacrés ; la question de l'abrogation des *Acts* revenait périodiquement devant le Parlement et, après une abrogation partielle du 20 avril 1883, la Chambre des Communes adoptait, sur la proposition de M. Stansfeld, l'abrogation com-

(1) Le mot est de M. Gladstone ; il est rapporté par Fiaux, p. 359.

plète le 16 mars 1886. Pendant vingt ans, l'Angleterre avait été soumise au régime des *Acts*, c'est-à-dire au régime de l'arbitraire, mais la liberté anglaise recouvrait ses anciennes garanties.

53. — L'Angleterre et les Etats-Unis d'Amérique sont les seuls pays où la prostitution ne soit ni défendue, ni réglementée; partout ailleurs, dans tous les Etats du continent, on sévit contre elle. En Belgique, le gouvernement avait réglementé la police des maisons de prostitution par un arrêté royal du 20 août 1838, mais cet arrêté était illégal, contraire aux principes posés par la loi communale du 30 mars 1836(1); la Cour de cassation belge le déclara tel dans un arrêt du 16 juin 1841, et ce ne fut que le 28 avril 1848, que la ville de Bruxelles fut dotée d'un règlement municipal. Rappeler les dispositions de ce règlement serait une redite, la législation belge et la législation française sont trop semblables pour qu'il soit utile d'insister. Je signale seulement l'article 49 frappant de un à cinq jours de prison, et de 5 à 15 fr. d'amende, les contrevenantes, et les articles 9 et 30, les seuls qui laissent soupçonner quelque respect pour la liberté individuelle (2). Le règlement du 13 août 1877 vint

(1) L'article 96 de cette loi confie en effet expressément à l'autorité locale la police des lieux de débauche.

(2) Ces articles sont ainsi conçus : « Art. 9. — Les filles de maison seront toujours libres d'en sortir, en se conformant toutefois aux prescriptions de l'article précédent, » (déclaration à la police, visa, etc.), « le tenant maison qui sera convaincu d'avoir mis obstacle au départ d'une fille sera puni du maximum des peines comminées ci-après », (ce sont celles de l'article 49), « sans préjudice de poursuites plus graves en cas de séquestration ou de détention illégale. » — « Art. 30. — Les filles des maisons de débauche seront logées, nourries, habillées et entretenues aux frais des tenants maisons chez qui elles habitent. Lors de l'en-

encore augmenter les pouvoirs de la police administrative au regard des prostituées : le maximum des peines avait été porté par le Code pénal du 8 juin 1867 (art. 28 et 38) à 25 fr. d'amende et sept jours de prison ; les mineures peuvent être inscrites (art. 1^{er}), et les obligations des filles publiques sont déterminées plus nettement et scrupuleusement détaillées. J'ajoute, du reste, que les « tenants maison », qui retiennent une fille malgré elle se rendent coupables de détention illégale et de séquestration, et sont frappés comme tels par les tribunaux. A Liège, une boîte spéciale, dont la clef est aux mains du bourgmestre, est placée dans les maisons, les filles y déposent leurs réclamations. Malheureusement, ces quelques mesures de protection sont restées à peu près lettre morte, et en Belgique comme en France, la réglementation administrative a été, en fait, la source des plus honteux scandales.

En Hollande, la police des maisons de débauche et de la prostitution appartient aussi aux municipalités, et il existe deux villes, Amsterdam et Utrecht, qui n'ont pas de règlements.

La Suisse, l'Autriche sont soumises à peu près au même régime.

Le Code pénal hongrois des contraventions du 14 juin 1879, entré en vigueur le 1^{er} septembre 1880, porte, dans son article 81 : « Les filles publiques qui

trée d'une fille, il sera dressé par le tenant maison un inventaire des effets d'habillement qu'elle apporte ; cet inventaire sera visé dans les 48 heures par le commissaire de police. Ces objets ne serviront pendant son séjour qu'autant qu'elle y consentira. Ils lui seront rendus à sa sortie, ainsi que ceux qu'elle pourrait avoir acquis de ses deniers. Ces effets seront, dans les 24 heures, portés sur le même inventaire et soumis au même visa. »

« ne se conforment pas aux mesures prescrites par l'autorité à leur égard seront punies au maximum d'un mois d'arrêts (1). » Mais il est nécessaire de remarquer que, dans la procédure pénale hongroise, existe un droit de juridiction administrative pour la plupart des contraventions du Code pénal : la contravention prévue par l'article 81 rentre dans cette catégorie, et les autorités administratives forment ici un véritable tribunal de droit commun. La garantie de l'article 10 du Code pénal des contraventions, qui permet au juge de vérifier la validité des règlements sur l'application desquels il est appelé à statuer, est quelque peu diminuée ; mais c'est en vertu de textes encore en vigueur en Hongrie que des fonctionnaires administratifs peuvent être appelés à composer un tribunal répressif (2).

Le Code pénal allemand du 15 mai 1871, déclare, article 361, § 6 : « Seront punies des arrêts, les femmes qui, étant soumises comme prostituées à la surveillance de la police, auront désobéi aux règlements établis par la police dans un intérêt d'hygiène, d'ordre public ou de bienséance publique ou qui, sans être soumises à la surveillance de la police, font métier de se prostituer (3) ».

La loi de 1874 a définitivement consacré au Danemark l'existence de la police des mœurs et déterminé

(1) Code pénal hongrois des contraventions, trad. MARTINET et DARESTE, 1885.

(2) V. l'article 41 de la loi XXXVII de 1880 sur la mise en vigueur du Code pénal des crimes et délits et du Code pénal des contraventions. (MARTINET et DARESTE, p. 19).

(3) Cet article est encore en vigueur aujourd'hui ; il n'a pas été modifié par la loi du 26 février 1876.

ses pouvoirs. Les femmes qui veulent se prostituer doivent adresser à la police une demande d'inscription ; mais elles ne peuvent être inscrites avant 18 ans. La peine pour contravention est de 5 à 30 jours de prison et on peut même détenir pendant plusieurs mois, dans une maison de correction, la fille qui aurait tenté de se soustraire à la police.

En Espagne, une loi qui punissait la prostitution était tombée en désuétude, mais en 1865 le système de la réglementation fut introduit dans ce pays, et le pouvoir réglementaire confié aux municipalités.

Ce sont les mêmes errements que l'on a suivis en Italie ; l'article 86 de la loi de sûreté de 1865, confirmant l'article 19 de la loi du 13 novembre 1859, donne le droit au gouvernement, dans l'intérêt de l'ordre, des mœurs et de la santé publique, de faire des règlements relatifs aux femmes qui se livrent à la prostitution.

54. — Partout, à l'exception de deux pays de liberté : l'Angleterre et les Etats-Unis, on constate donc l'existence de la police des mœurs, du pouvoir réglementaire en matière de prostitution, et partout aussi, que ce pouvoir ait été confié par la loi au gouvernement, ou qu'il ait été réservé aux municipalités, il a laissé une place trop importante à l'arbitraire administratif, source des abus les plus scandaleux.

CHAPITRE II

Légalité de la réglementation

55. — J'ai examiné la réglementation pratique de la prostitution, la situation toute spéciale faite à la prostituée ou à celle qu'on présume telle, le régime exceptionnel auquel elle est soumise : inscription, obligations imposées, arrestation, détention préventive, condamnation administrative. Ces mesures sont-elles légales, est-il permis par le Code ou par les lois spéciales qui nous régissent, de violer ainsi toutes les garanties que le législateur de 1810 avait accordées aux inculpés, et accumulées pour la protection de la liberté individuelle ?

56. — Et d'abord la prostitution n'est pas, en elle-même, et comme telle, une infraction prévue et punie par le Code pénal ou les lois spéciales qui s'y rattachent. Aucun article du Code de 1810 ne prononce même le mot de prostitution, et si l'on trouve dans la loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes (art. 4, 4^e al. 2) une disposition où, pour la première fois, cette expression est employée, il est facile de remarquer que le fait, mis par la loi au nombre des délits et assimilé au vagabondage est celui qui consiste à pratiquer habituellement la prostitution d'autrui sur la voie publique. Il eût été plus juridiquement exact, à mon sens, de voir dans ce fait une infraction complètement nouvelle ; le législateur ne l'a pas voulu, mais

puisque l'on étendait à ce point la définition de l'article 270 du Code pénal, et que l'on punissait des peines de l'article 271 des individus qui avaient un domicile certain et des moyens d'existence, honteux peut-être, mais avérés, il eût été possible de déclarer que les prostituées, elles aussi, seraient, et pour les mêmes motifs, poursuivies comme vagabondes.

57. — Dans la discussion du projet de loi sur les récidivistes, on avait manifesté l'intention de modifier l'article 270 du Code pénal. La commission proposait la rédaction suivante : « Les vagabonds ou gens sans « aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni « moyens de subsistance, soit qu'ils n'exercent habituellement aucune profession, soit qu'ils tirent profit habituel de jeux illicites et prohibés sur la voie « publique ». Un amendement de M. Andrieux élargissait d'une façon beaucoup plus considérable la définition du vagabondage. « Les vagabonds, » disait cet amendement, « sont ceux qui n'ont ni domicile certain, « ni moyens de subsistance avouables et qui n'exercent habituellement ni métier, ni profession. » C'était, dans une certaine mesure, la mise en œuvre de l'idée que j'ai indiquée. Les prostituées, dans certaines conditions du moins, étaient atteintes par les peines de l'article 271 : le vice lui-même, comme ceux qui l'encouragent ou le facilitent, pouvait tomber sous le coup du Code pénal. Cet amendement fut rejeté, par la raison, fut-il dit, que l'article 270 suffisait à toutes les nécessités.

58. — Cela était-il vrai ? Le vagabondage, de par l'article 270, résulte de trois circonstances constitutives : l'absence 1^o de domicile certain, 2^o de moyens de subsistance, 3^o de métier ou de profession. Or, si

l'on peut considérer que le souteneur n'a, au point de vue légal, ni métier, ni profession, ce qui serait du reste fort contestable, s'il peut arriver que cet individu n'ait point de domicile certain, n'a-t-il pas tout au moins des moyens de subsistance, et les ressources que lui procure son ignoble industrie ne sont-elles pas suffisantes pour le soustraire à l'application de l'article 271 ? Le vagabondage ne peut exister que par la réunion des trois éléments de l'article 270, et le manque de moyens de subsistances n'est pas moins essentiel que l'absence de domicile et le défaut de profession. La loi ne charge pas le magistrat d'apprécier la nature du métier ou de la profession, la moralité plus ou moins douteuse des moyens de subsistance que le prévenu prétend avoir, elle ne lui impose qu'un devoir : constater leur existence. M. Ribot prétendait à la Chambre des Députés (1) que cette théorie était celle de « jurisconsultes très sévères, qui fréquentent « assurément plus l'Ecole de droit que le prétoire » ; mais, malgré ce reproche, je pense que les observations présentées à la Chambre, et qui sont plutôt des affirmations que des raisonnements juridiques, ne suffisent pas à démontrer que l'article 270 permet d'atteindre l'individu qui, sans avoir, du reste, ni domicile certain, ni profession, trouve un moyen de subsistance dans sa prostitution personnelle ou dans le partage des produits de la prostitution d'autrui. C'est là, tout au moins, l'idée de la doctrine, mais bien différentes semblent les conclusions de la pratique et les décisions des tribunaux. C'est à ces solutions que faisait sans

(1) Séance du 26 juin 1883. *Journal officiel*, déb. parl., Chambre, 1883, page 1466.

doute allusion M. Ribot, lorsqu'il disait : « J'ai vu de
« près comment s'applique tous les jours la loi sur le
« vagabondage. Jamais des magistrats n'ont admis
« qu'un individu, qui ne vit que de la prostitution,
« peut prétendre qu'il exerce un métier ou une profes-
« sion » (1).

La jurisprudence, en effet, a souvent appliqué aux filles publiques et aux souteneurs la peine du vagabondage.

59. — Un arrêt de la Cour de Cassation du 20 août 1883 (2), confirmant un arrêt de la Cour de Bordeaux du 4 juillet de la même année, décidait qu'un individu, qui, du reste, n'avait, en fait, aucun domicile certain, mais « une simple résidence de hasard » chez une fille publique, « qui, d'autre part, n'exerçait habituellement aucun métier ni profession, dont les
« seules ressources provenaient du partage des produits de la prostitution de la fille avec qui il vivait,
« partage souvent extorqué par la violence et plutôt
« subi que volontairement accepté », ne pouvait soutenir qu'il avait des moyens de subsistance, au sens de l'article 270 du Code pénal. Les trois éléments du vagabondage se trouvent donc ainsi réunis, et la Cour de Cassation déclare que l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste application de la loi. Je ne saurais admettre cette solution, les moyens de subsistance existent et il est impossible de punir comme vagabond le prévenu qui ne réunit pas les trois éléments constitutifs du délit qu'on lui reproche; et nombre de jurisconsultes, trouvant excellente la décision de la Cour suprême à

(1) *J. off., eod. loc.*, p. 1464.

(2) *Bulletin criminel de la Cour de cassation*, p. 367, n° 220.

un point de vue purement moral, l'ont critiquée au point de vue strictement juridique. Au surplus, je ne crois pas que la portée de l'arrêt de 1883 soit aussi grande que celle qu'on lui attribue ordinairement, et je serais assez porté à penser qu'il y a, dans les faits de la cause, des circonstances particulières qui ont pu conduire la Cour de Bordeaux et la Cour de Cassation à l'application des articles 270 et 271. Ce n'est en effet que par la violence que le partage était extorqué, et c'est là ce qui rendait précaires les moyens de subsistance du prévenu, car le jour où la fille publique, chez laquelle il résidait, se serait révoltée contre sa tyrannie et aurait refusé de le faire bénéficier des produits de sa prostitution, les moyens de subsistance auraient fait défaut. Les moyens de subsistance doivent être certains, assurés, ils ne l'étaient pas, à cause de la façon même dont ils étaient obtenus, on pouvait donc, en fait, considérer ce souteneur comme un vagabond. Quoi qu'il en soit, si cet arrêt est, comme je le crois, un arrêt d'espèce, on ne peut en tirer aucun argument dans le sens des idées soutenues à la Chambre : si c'est un arrêt de principe, l'idée qu'il émet est trop évidemment contraire aux textes du Code pénal et à la règle de la stricte interprétation qui domine toute matière pénale, pour pouvoir être admise, et il n'était pas inutile qu'un article intervînt dans la loi nouvelle pour rendre applicable aux souteneurs la peine du vagabondage : la définition des gens sans aveu, proposée par la commission, le permettait.

60. — La Cour d'Aix, dans un arrêt du 9 janvier 1884 (1), réformant un jugement du tribunal correc-

(1) *Gazette du Palais*, 84, 1, 656.

tionnel de Marseille du 7 novembre 1883, se plaçant, non plus au point de vue des faits, mais au point de vue purement juridique, a, d'autre part, déclaré les articles 270 et 271 applicables à une prostituée qui n'avait du reste aucun domicile certain : « Attendu », dit la Cour, « que la prostitution ne peut être considérée comme un métier ou une profession ; que si, en édictant des peines contre ceux qui n'ont ni domicile, ni ressources, ni métier, le législateur a eu en vue de prévenir les atteintes à l'ordre social, auxquelles sont naturellement entraînés les vagabonds, on peut dire que, la prostitution étant une plaie sociale, les peines portées dans l'article 271 du Code pénal ont aussi pour but de prévenir ce vice, et que la pratique d'un vice, quel qu'il soit....., qui procure parfois des ressources, ne peut constituer un métier dans le sens de la loi ». Cette théorie me semble complètement inexacte. Sans doute, la prostitution est un vice, elle est immorale, mais elle fournit des moyens de subsistance, elle n'est pas défendue par la loi, elle est un métier. L'arrêt cite, comme exemple de vice procurant des ressources, la mendicité. Mais il y a au Code pénal des textes qui la punissent, la mendicité est un délit, au contraire la prostitution, en dehors de toutes autres circonstances, n'est pas une infraction : le Code, je l'ai dit, ne la mentionne jamais. Et l'erreur de la Cour d'Aix est justement, à mon avis, d'avoir confondu quelque peu la question morale et la question juridique, et traité un vice comme un délit. Je ne doute pas que les moyens de subsistance, qui proviennent d'un fait prévu et puni par la loi pénale, ne soient pas ceux de l'article 270, et que l'accomplissement répété, l'habitude de ce fait déli-

tueux ne constitue pas un métier, une profession, aux termes de ce même article. Cela se comprend de soi ; ce n'est pas en soutenant qu'il tire de la mendicité ou du vol l'argent qui lui est nécessaire pour vivre, que le prévenu de vagabondage peut demander son acquittement ; ce n'est pas en commettant un délit que l'on peut échapper à la peine qui en punit un autre. Mais ce raisonnement ne saurait, à mon sens, s'appliquer qu'aux infractions pénales, et la prostitution n'en est pas une. Sur ce point encore, la jurisprudence me paraît donc critiquable, et en ce qui touche plus spécialement les filles publiques, il était nécessaire que le législateur se prononçât formellement : l'amendement de M. Andrieux était assez large pour viser les prostituées elles-mêmes.

Mais si le projet de la commission considérait comme équivalent à l'absence de moyens de subsistance le fait de tirer profit habituel de la prostitution d'autrui sur la voie publique ; si, d'autre part, l'amendement de M. Andrieux n'exigeait plus, comme élément constitutif du délit de vagabondage, l'absence de moyens de subsistance et considérait comme vagabonds des individus, dont les ressources, certaines du reste, avaient un caractère déshonorant et honteux, tous deux maintenaient, sans hésitation, comme élément constitutif du délit, l'incertitude du domicile.

61. — Le texte définitif de la loi a été beaucoup plus loin : l'article 4, 4^e al. 2, porte : « Sont considérés comme gens sans aveu, et seront punis des peines édictées contre le vagabondage, tous individus qui, soit qu'ils aient ou non un domicile certain, ne tirent habituellement leur subsistance que du fait de pratiquer ou faciliter... la prostitution

« d'autrui sur la voie publique ». Il est donc aujourd'hui conforme à la loi de condamner les souteneurs comme vagabonds, même s'ils ont un domicile ; mais puisque l'amendement de M. Andrieux n'a pas été admis, on ne peut pas condamner comme telle la prostituée qui ne réunit pas tous les éléments de l'art. 270, notamment celle qui a un domicile certain, et il est encore permis, relativement aux filles publiques, de discuter la portée de cet article : les affirmations des orateurs de la Chambre des Députés n'ont pas mis fin à la controverse et il est impossible, à mon avis, d'appliquer les peines de l'article 271 à la femme, qui, sans avoir du reste aucun domicile certain, fait de la prostitution son métier exclusif, et lui demande les ressources qui lui sont nécessaires. La loi de 1885 a donc dépassé, au point de vue des résultats, la solution proposée par la commission, elle a soumis au domaine de l'art. 271 les souteneurs, parce que leurs moyens de subsistance étaient inavouables, c'est la seule condition qu'elle exige, et je me demande pourquoi, puisque l'on étendait à ce point la définition légale du vagabondage, on n'a pas été jusqu'au bout dans cette voie, et on n'a pas, dépassant même les termes de l'amendement de M. Andrieux, et adoptant les raisons développées dans l'arrêt d'Aix de 1884, déclaré vagabonds tous ceux dont les ressources provenaient d'un fait immoral. Quoi qu'il en soit, cette assimilation n'a pas été faite ; la prostitution ne tombe pas sous le coup de la loi de 1885 : la prostituée ne saurait encourir, par le seul effet du métier qu'elle exerce, les peines de l'article 271.

62. — La prostitution n'est donc pas un délit, car le seul fait d'accoster un homme dans un lieu public

ne peut pas entraîner l'application de l'article 330 du Code pénal : les conditions exigées par ce texte ne sont pas réunies. Je sais bien que la loi n'a pas défini l'outrage public à la pudeur ; il semble même que M. Monseignat, dans son rapport au Corps législatif, ait voulu donner à cette expression un sens très compréhensif : « Il est au moins superflu », disait-il, « de signaler en détail ces délits. N'est-il pas d'ailleurs « facile de reconnaître les familiarités que la civilisa- « tion excuse, les discours que la galanterie tolère, « les libertés que la mode autorise, de ne pas les con- « fondre avec les expressions grossières, les attitudes « éhontées, et l'étalage de la corruption (1) ». Il paraît résulter de ces mots « expressions grossières » que les seules paroles peuvent constituer le délit de l'article 330, et je ne serais pas très hostile à cette interprétation. Mais la jurisprudence n'a jamais admis cette solution, l'outrage public de l'article 330 est, d'après elle, un outrage par actions, il faut, pour qu'il existe, des gestes, des actes attentatoires à la pudeur. La Cour de Cassation l'avait déjà décidé ainsi le 30 nivôse an XI (2), en se fondant sur la loi des 19-22 juillet 1791, titre II, article 8. Il est vrai que cette loi ne parlait que d'outrage à la pudeur des femmes, cette restriction a été supprimée au Code pénal, mais on ne voit aucune bonne raison pour que la théorie de l'an XI ne soit pas encore admise aujourd'hui. Il est donc nécessaire (c'est la théorie admise par la majorité des auteurs et la jurisprudence), qu'il y ait eu action, fait matériel, outrageant la pudeur, et les simples sollici-

(1) LOCRÉ, t. XXX, p. 519.

(2) DEVILLENEUVE, 1, 1, 744.

tations d'une fille publique ne constituent pas, par elles-mêmes, l'outrage public de l'article 330 (1).

63. — Mais d'autre part, il est certain que, dans telles hypothèses déterminées, la prostitution pourra être punie, non plus comme infraction particulière, non plus comme tombant d'une façon invariable sous le coup d'un article du Code, théorie que j'ai repoussée, mais comme présentant, d'après les circonstances de fait, les éléments d'un délit prévu et réprimé par le Code ou les lois spéciales.

64. — La prostituée qui reçoit habituellement dans sa chambre plusieurs mineurs à la fois, et se livre à la débauche successivement avec chacun d'eux en présence des autres, commet le délit d'excitation habituelle de mineurs à la débauche, de l'article 334 du Code pénal (2). La Cour de cassation, dans une première jurisprudence, avait appliqué l'article 334 aussi bien à ceux ou à celles qui agissaient dans l'intérêt de leurs propres passions, qu'aux proxénètes qui cherchaient un gain odieux en favorisant les passions d'autrui (3). Mais elle revint plus tard sur cette interprétation très large de l'article et sur le sens très compréhensif qu'elle donnait aux expressions du Code : « Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, « favorisant ou facilitant habituellement la débauche « ou la corruption de la jeunesse de l'un et l'autre

(1) CHAUVEAU et HÉLIE, t. IV, p. 228 ; — GARRAUD, t. IV, p. 449.

(2) Ainsi jugé : Crim., Cass., 7 juillet 1859, *B. Cr.*, p. 285, n° 168, *D. P.*, 59, 4, 285.

(3) Crim., Cass., 10 avril 1828, 5 juillet 1834, 25 juillet 1834, 4 janvier 1838, et Cass. belge, 1^{er} septembre 1843, dans DALLOZ, *J. G.*, V° Attentat aux mœurs, n° 137 et suivants.

» sexe au-dessous de l'âge de 21 ans. » Elle restreignit la portée du texte et en fit seulement application aux proxénètes. C'est en ce sens qu'est conçu l'arrêt rendu, toutes chambres réunies, le 18 juin 1840 (1), qui a fixé la jurisprudence. Mais certaines restrictions ne tardèrent pas à s'imposer. On admit bientôt notamment que le fait d'un simple exemple vicieux donné, dans quelque but que ce soit, à un ou plusieurs mineurs, et cela d'une façon habituelle, tombait sous le coup de la peine de six mois à deux ans d'emprisonnement et de 50 à 500 fr. d'amende prononcée par le Code. C'est en des termes très nets que l'arrêt du 7 juillet 1859 (2), cassant un arrêt de Bordeaux du 4 mai de la même année, s'exprime à cet égard. « Attendu, » dit la Cour, « que s'il est de jurisprudence « que l'article 334 n'est dirigé que contre le proxénétisme, c'est principalement en ce sens que sa peine « n'atteint pas celui qui, sans autre élément de délit, « se livre habituellement avec des mineurs à la satisfaction de ses passions personnelles ; attendu que « la généralité des termes de l'article autorise les « tribunaux à rechercher si, même en dehors des actes « de proxénétisme, les circonstances particulières de « la cause ne sont pas de nature à soumettre le fait « de la prévention à la pénalité qu'il prononce. » Et l'arrêt conclut que la prostituée qui, peut-être pour la satisfaction de ses passions, peut-être dans l'espérance du gain que pareille conduite peut lui procurer, donne

(1) D. J. G., V^o Attentat aux mœurs, n^o 141. — V. dans le même sens : Crim., Cass., 21 mars 1853, D. P., 53, 1, 273; 19 août 1853, D. P., 53, 5, 70, et un arrêt tout récent de la Cour de Bordeaux du 2 novembre 1893, D. P., 94, 2, 285.

(2) B. Cr., p. 285, n^o 168; D. P., 59, 4, 285.

habituellement à des mineurs l'exemple de sa débauche avec d'autres, commet le délit de l'article 334 (1).

65. — De même, la prostituée qui, par une action attentatoire à la pudeur, essaie, pour exercer sa profession, d'attirer à elle les passants, et cela publiquement, c'est-à-dire dans un lieu ouvert à tous, ou en des circonstances telles que quelques personnes puissent avoir été témoins de l'acte accompli, tombe sous le coup de l'article 330.

66. — On a soutenu enfin que, en dehors du domaine, très restreint, de cet article, la prostituée peut, en proférant publiquement des paroles impudiques, se rendre coupable d'un délit puni par des lois spéciales. La loi du 17 mai 1819 portait en son article 8 : « Tout
« outrage à la morale publique et religieuse ou aux
« bonnes mœurs, par l'un des moyens énoncés à l'article 1^{er}, sera puni d'un emprisonnement de un mois
« à un an et d'une amende de 16 à 500 francs. » Cette loi créait le délit d'outrage aux bonnes mœurs. Tout ce qui blesse la pudeur, tout ce qui révèle publiquement la débauche paraît rentrer dans une expression aussi vague ; mais l'article 1^{er} auquel renvoyait l'article 8 visait seulement certaines manifestations de l'immoralité : « Quiconque, » dit cet article, « soit par
« des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux
« ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures, des peintures ou

(1) V. dans le même sens Crim., Cass., 21 avril 1855, D. P., 55, 1, 221; 10 janvier 1856, D. P., 57, 1, 35; Orléans, 17 mai 1858, D. P., 58, 2, 115; Crim., Cass., 12 février 1865, D. P., 66, 5, 32; 12 janvier 1867, D. P., 69, 5, 30.

« emblèmes vendus ou distribués, mis en vente ou
« exposés dans des lieux ou réunions publics, soit
« par des placards et affiches exposés aux regards
« du public, aura provoqué l'auteur ou les auteurs de
« toute action qualifiée crime ou délit à la commettre,
« sera réputé complice et puni comme tel. » La loi de
1819 était destinée à réprimer les crimes et délits
commis par la voie de la presse ou par tout autre
moyen de publication, mais nombre d'auteurs ont
pensé que l'article 8 pouvait être appliqué à des délits
commis même en dehors de toute question de presse.
Et, de cette façon, la prostituée qui, à haute voix,
dans un lieu public, sollicite par des paroles impu-
diques l'attention des passants, pouvait être poursuivie
pour infraction à cette loi. Jamais, à ma connaissance,
les tribunaux n'ont été appelés à se prononcer sur ce
point. Mais il a été jugé en 1867, dans une espèce
à peu près analogue, que le fait de la part d'un indi-
vidu de tenir des propos obscènes, dans la rue, à des
femmes suivant le même chemin que lui, constitue le
délict d'outrage aux bonnes mœurs (1). Il semble donc
que la jurisprudence ait étendu la loi de 1819 à des
hypothèses qu'elle ne paraissait pas avoir pour but
de prévoir.

Cette loi a été abrogée et remplacée par la loi du
29 juillet 1881. Dans son article 28, la loi de 1881 ne
vise plus le délict d'outrage à la morale publique ou
religieuse, qui se trouve par là même supprimé, mais
elle maintient le délict d'outrage aux bonnes mœurs.
Celui-ci, commis dans les circonstances de l'article 23
(et ce sont à peu près les mêmes que celles de l'ar-

(1) Cour de Paris, 8 juin 1867, D. P., 67, 5, 329, n° 34.

ticle 1^{er} de la loi de 1819) est puni de un mois à deux ans de prison, et de seize à deux mille francs d'amende, et il est poursuivi au moyen de la procédure toute spéciale réservée aux infractions de presse. En effet la loi du 2 août 1882 qui a pour objet la répression des outrages aux bonnes mœurs, et qui renvoie les coupables devant le tribunal de droit commun, c'est-à-dire le tribunal correctionnel, ne vise que le délit commis par les imprimés autres que les livres et les dessins vendus, offerts, affichés ou distribués gratuitement dans les lieux publics. L'extension de l'art. 28 me semble s'imposer pour les auteurs qui admettaient l'application très large de l'art. 8 de la loi de 1819. J'éprouve, pour ma part, quelques scrupules à adopter ces théories. Je sais bien que les lois semblent générales et qu'elles visent l'outrage aux bonnes mœurs, commis au moyen de discours proférés sur la voie ou dans les lieux publics. Le mot « discours » est très compréhensif, et la jurisprudence a admis, en matière de diffamation, il est vrai, mais les motifs de ses décisions me paraissent s'appliquer à toutes autres hypothèses, qu'il suffisait, pour qu'il y eût « discours proférés » aux termes de la loi, que des propos aient été tenus à haute voix et de manière à être entendus par un certain nombre de personnes. J'estime cependant que ce n'est pas pour un délit d'outrage aux bonnes mœurs, dans les circonstances que j'ai indiquées, que la loi de 1819 et celle de 1881 ont mis en mouvement tout l'appareil de la Cour d'assises, et je ne vois pas comment, à moins que les paroles prononcées ne constituent une diffamation ou une injure envers les particuliers, cas auquel (art. 60 de la loi de 1881) le tribunal de police correctionnelle ou le tri-

bunal de simple police serait compétent sur la plainte de la personne diffamée ou injuriée, si la poursuite a lieu pour violation de l'article 28, c'est-à-dire pour seul délit d'outrage aux bonnes mœurs, on pourrait éviter la compétence du jury. Je ne crois pas que le législateur ait eu l'intention de viser des hypothèses analogues à celles que j'examine en ce moment, et je doute que si la jurisprudence était appelée à se prononcer aujourd'hui, elle maintienne sa théorie de 1867. On était alors sous l'empire du décret du 17 février 1852 dont l'article 25 avait rendu aux tribunaux correctionnels la connaissance des délits commis par la voie de la presse, ou tous moyens de publication visés à l'article 1^{er} de la loi de 1819; à ce moment on pouvait comprendre l'application très large de l'article 8; mais j'hésiterais beaucoup, en présence des règles exceptionnelles de la loi de 1881, de la situation très privilégiée que l'on fait aujourd'hui comme en 1819 aux auteurs des délits prévus, en les traduisant devant le jury, à admettre comme possible la poursuite exercée en vertu de l'article 28 contre la prostituée qui, par des paroles obscènes, par des propos impudiques, sollicite, sur la voie publique, l'attention des passants.

67. — La prostitution ne tombe donc pas directement sous le coup de la loi pénale, mais il est permis à certaines autorités administratives de la réglementer.

Les fonctions de police étaient attribuées par les lois révolutionnaires aux municipalités : la loi du 14 décembre 1789, article 50, posait le principe : « Les « fonctions propres au pouvoir municipal, sous la « surveillance et l'inspection des assemblées adminis-

« tratives, sont de faire jouir les habitants d'une
« bonne police, notamment de la propreté, de la salu-
« brité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues,
« lieux et édifices publics ». Le décret des 16-24 août
1790 confiait à la vigilance et à l'autorité des corps
municipaux le soin de réprimer et punir les délits
contre la tranquillité publique (titre XI, art. 3, 2°);
et l'article 46, titre I^{er} de la loi des 19-22 juillet 1791
déclarait : « Aucun tribunal de police municipale, ni
« aucun corps municipal ne pourra faire de règle-
« ments ; le corps municipal, néanmoins, pourra, sous
« le nom et l'intitulé de délibération et sauf la réfor-
« mation, s'il y a lieu, par l'administration du départe-
« tement, sur l'avis de celle du district, faire des
« arrêtés sur les objets qui suivent : 1° lorsqu'il s'agira
« d'ordonner les précautions locales sur les objets
« confiés à sa vigilance et à son autorité par les arti-
« cles 3 et 4 du titre XI du décret du 16 août sur l'or-
« ganisation judiciaire ; 2° de publier de nouveau les
« lois et règlements de police ou de rappeler les ci-
« toyens à leur observation ». Or, les mesures d'orga-
nisation de la prostitution étaient certainement desti-
nées à assurer la tranquillité publique; les corps muni-
cipaux avaient donc le droit de faire des arrêtés pour
les fixer. La Constitution de l'an III avait transféré
les pouvoirs des anciens corps municipaux aux admi-
nistrations municipales de canton, agents municipaux
et adjoints, et l'article 13 de la loi du 28 pluviôse an
VIII porte : « Relativement à la police, les maires et
« adjoints rempliront les fonctions exercées maintenant
« par les administrations municipales, les agents mu-
« nicipaux et adjoints ». Un Préfet de police sera,
disait l'article 16, § 2, chargé, à Paris, de ce qui

concerne la police ; ce préfet était nommé le 17 ventôse an VIII, et l'arrêté du 12 messidor an VIII déterminait ses fonctions. C'est entre ses mains que se trouve toute la police municipale, c'est lui qui a le droit de prendre les arrêtés contre la prostitution. La législation n'a pas changé en ce qui touche Paris, mais il n'en a pas été de même pour les départements.

La loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, charge le maire de la police municipale, sous la surveillance de l'administration supérieure (titre II, article 10, 1^o) et son article 11 lui donne le droit « de
« prendre les arrêtés à l'effet d'ordonner les mesures
« locales sur les objets confiés par les lois à sa vigi-
« lance et à son autorité ». L'article 50 de la loi du 9 mai 1855 distinguait entre les communes, chefs-lieux de département, dont la population excédait quarante mille âmes et les autres : dans celles-ci, les maires restaient investis de toutes leurs fonctions antérieures, mais dans celles-là, le préfet remplissait « les fonctions de Préfet de police, telles qu'elles
« sont réglées par l'arrêté des consuls du 12 messidor
« an VIII ». Les restrictions qu'apporte la suite de l'article 50 aux pouvoirs du préfet n'ont pas trait à la réglementation de la prostitution. L'article 23 de la loi du 24 juillet 1867 vint supprimer cette dualité de pouvoirs, en abrogeant l'article 50 de la loi de 1855. Aujourd'hui, la loi d'organisation municipale est la loi du 5 avril 1884 : son article 94 reproduit l'article 11 de la loi de 1837 ; dans les objets confiés par la loi à la vigilance du maire, rentre (art. 91) la police municipale, et elle comprend (article 97, n^o 2) « le soin de
« réprimer tous les actes de nature à compromettre

« la tranquillité publique ». Il est certain que ces textes accordent au maire le droit de réglementer la prostitution et de la surveiller ; la Cour de Cassation l'avait ainsi jugé sous l'empire de la loi de 1837, et cette solution est encore exacte puisque les articles 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884 sont la reproduction des articles 10 et 11 de la loi de 1837.

68. — Les arrêtés des maires ou du Préfet de police qui organisent le régime de la prostitution tolérée et répriment la prostitution clandestine, sont donc pris dans les limites strictes des attributions municipales. Mais la loi ne peut pas aller contre la ; loi l'arrêté, pris en vertu de la loi, ne peut pas supprimer les garanties données à tous par la loi pénale et par la loi constitutionnelle : la liberté individuelle est un principe qui, par cela même qu'il n'est plus écrit aujourd'hui dans les lois constitutionnelles, doit être plus immuable et plus intangible. C'est dans la mesure où ils respectent la loi, que tous ont le droit d'invoquer les garanties constitutionnelles sous la sauvegarde desquelles tous peuvent se placer, que les arrêtés municipaux peuvent être validés et s'imposent comme une véritable loi aux citoyens de la commune qu'ils régissent. Il me faut donc examiner maintenant, sur chaque point particulier de réglementation, dans quelles limites le Préfet de police ou les maires peuvent se mouvoir, pour ne pas dépasser les droits qui leur sont accordés par l'arrêté de l'an VIII et la loi du 5 avril 1884. Je reprendrai successivement les différentes mesures établies à l'égard des prostituées, et je me demanderai pour chacune d'elles si elle est légale, au sens que je viens d'indiquer.

I. — MESURES PRISES VIS A VIS DE LA PROSTITUTION
CLANDESTINE

69. — Il est bien certain que le pouvoir de surveillance que les textes accordent à l'administration, au nom de la morale, de la salubrité, de la santé publiques, lui donne le droit de rechercher les prostituées clandestines, les insoumises, et de les faire rentrer dans la classe des prostituées tolérées et soumises. C'est seulement en effet, après inscription sur le registre officiel de la prostitution publique, que l'on peut agir d'une manière efficace à leur égard. Mais comment connaître les prostituées clandestines ? Il n'y a aucune difficulté, si la fille publique se présente d'elle-même à la Préfecture de police, au commissariat de police ou devant le maire, avouant sa profession et demandant spontanément son inscription. Mais la plupart du temps, les choses ne se passent pas ainsi : le seul but des insoumises est en général d'éviter l'inscription qui leur imposera de nombreuses obligations, d'échapper à la perspective de la condamnation qui les atteindra, dans la suite, si elles refusent d'obéir aux règlements. Je ne conçois, en ce cas, qu'un moyen qui soit vraiment légal : une fille est soupçonnée de se livrer à la prostitution, elle a été signalée comme femme de débauche par des dénonciations, des plaintes adressées à l'autorité administrative, ou bien ses allures la désignent comme telle ; les agents de la police municipale, qui sont chargés de maintenir l'ordre et d'assurer la tranquillité publique, ont le devoir de surveiller cette femme, de s'in-

former, de la façon la plus discrète possible, de son identité, de son domicile, de ses ressources ; ils font un rapport, qu'ils transmettent à leur chef hiérarchique ou au maire ; et, c'est au vu de ce rapport, et même, si cela est nécessaire, après une nouvelle enquête, que le Préfet de police ou le maire statuera sur l'inscription. La femme sera, du reste, invitée à comparaître devant lui, pour qu'il lui soit permis de discuter les allégations contenues dans le rapport de police, de prouver, peut-être, qu'il n'y a contre elle que des apparences trompeuses, de signaler même les inexactitudes et les erreurs qui pourraient avoir été faites ; si elle ne se présente pas, l'inscription pourra être prise d'office. Il me paraît que, de cette manière, tous les intérêts sont sauvegardés. Sans doute, c'est à un agent inférieur qu'il appartient de surveiller et de signaler les actes de la présumée prostituée, mais il n'a que ce pouvoir, et il ne saurait être dangereux, puisque c'est aux chefs hiérarchiques de cet agent que sera soumis le rapport dressé par lui, et que c'est à eux seuls qu'est réservé le droit de statuer sur la suite à donner à l'affaire. Ce rapport du reste ne fait pas foi, et ce n'est qu'après avoir donné à la femme toutes facilités pour se défendre contre les allégations portées contre elle, que sera prise la mesure qui fait d'elle une fille soumise.

70. — Mais j'ai dit, au chapitre précédent, que tel n'était pas le procédé ordinaire à Paris et dans la plupart des grandes villes. Le système que l'on y a adopté est celui de l'arrestation, individuelle ou en masse. Des agents de la Préfecture ou de la police municipale, sur de simples indices, souvent sur de pures apparences, arrêtent la femme qu'ils soupçon-

nent d'être prostituée, ou bien le chef de la police donne l'ordre d'opérer une râfle dans un quartier déterminé de la ville, et l'on emmène alors souvent en prison des femmes honnêtes, mélangées avec les filles de débauche. Dans ce système, la surveillance longue, minutieuse qui me semble désirable, n'existe plus, il n'est plus nécessaire qu'un nombre relativement considérable de faits soit relevé contre la femme, un seul suffit, souvent même il n'y en a aucun. D'autre part, les agents s'attribuent un droit d'arrestation; or la prostitution par elle-même n'est pas un délit, je l'ai démontré, il ne peut donc être question de flagrant délit, et c'est pourtant le seul cas où, sans l'ordre du juge, l'arrestation soit permise. L'administration fait ici, en quelque sorte, une application anticipée du droit d'arrestation qu'elle s'octroie au regard des filles inscrites pour infraction aux règlements de police : ce droit, j'aurai à revenir sur ce point, est tout aussi illégal que celui que j'étudie en ce moment, mais, même en admettant sa légalité, il n'en serait pas moins curieux de remarquer que l'on arrête une femme parce qu'elle est présumée contrevenir à un règlement auquel elle n'est pas encore soumise. Conduite au Dépôt de la Préfecture de police ou à la prison municipale, la femme est inscrite d'office. Le rapport de l'agent fait foi complète, on ne permet pas à la femme de prouver son innocence et l'inanité des soupçons qui pèsent sur elle. Le bureau des mœurs se transforme déjà en tribunal, et il inflige à la fille qui comparaît pour la première fois devant lui, dans ces circonstances, alors, je ne saurais trop le répéter, qu'aucune infraction ne peut avoir été commise, une détention de deux ou trois jours, comme simple avertissement,

avant de recourir à la mesure de l'inscription : Dé-tention administrative, dit-on; peine, doit-on dire en réalité, peine prononcée par l'administration, sans texte qui la permette, sans infraction qui la justifie. Le but que l'on doit se proposer, c'est l'inscription de l'insoumise, son enrôlement dans les rangs des prostituées tolérées ; il faut donc démontrer qu'elle se livre exclusivement à la débauche, que c'est à elle seule qu'elle demande les ressources qui lui sont nécessaires ; pour cela, il faut une surveillance de tous les jours, un rapport apprécié par les chefs de la police, il faut permettre à la femme de présenter ses observations, puisque l'agent de police n'est pas infail-lible, mais je ne vois pas en quoi il est utile de proc-éder à l'arrestation et de violer la loi. On arrête les coupables ou ceux que l'on soupçonne tels, pour les amener devant un juge qui leur infligera la peine qu'ils méritent, après les avoir entendus, mais on n'arrête pas des innocentes, soupçonnées d'avoir commis un délit qui ne peut pas exister, pour les amener devant une autorité administrative qui ne peut faire qu'une chose, prendre, à leur égard, une mesure de police dans l'inté-rêt général, pour les conduire devant un fonc-tionnaire qui leur inflige, sans vouloir les entendre, une peine qu'aucun texte ne prononce, et qu'elles n'ont rien fait pour encourir.

71. — Quoi qu'il en soit, par ce procédé, illégal au premier chef, on arrive à grossir la classe des filles soumises : une décision du bureau des mœurs (et peut-être un arrêté du Préfet de police lui-même serait-il nécessaire), un arrêté individuel du maire ordonne l'inscription de la prostituée sur un registre spéciale-ment créé à cet effet. Et rien n'est plus conforme que

ce pouvoir de l'administration aux règles qui, actuellement du moins, régissent toute cette matière. La prostitution n'est pas libre, elle est tolérée sous certaines conditions ; les prostituées ne peuvent exercer leur profession que sous réserve d'accomplir certaines obligations destinées à sauvegarder la morale et la santé publiques, une condamnation pénale atteint celles qui veulent se soustraire à leur exécution ; il faut donc, de toute nécessité, une liste officielle des filles soumises aux règlements de police, cette liste officielle est le registre des inscriptions ; il faut un acte qui constate le nom des nouvelles venues dans les rangs de la prostitution tolérée, une sorte d'acte de naissance à la vie de prostituée, c'est l'inscription.

On a, depuis le siècle dernier, si bien compris son importance, que déjà en 1765 un commissaire de police, dans un rapport sur les désordres commis par les prostituées, insistait sur la grande utilité d'une inscription générale de toutes ces femmes et demandait la création d'un bureau spécial pour recevoir leurs noms, demeures, âges et qualités. On trouva ce projet excellent au fond, mais inapplicable. La Convention, le 20 ventôse an iv, ordonna un nouveau recensement des filles publiques, et il fut immédiatement commencé. Mais cette inscription fut inutile, elle était faite sans méthode, par des employés ignorants, auxquels on n'avait indiqué aucune règle à suivre ; et un nouvel essai, en l'an ix, peu de temps après la création de la Préfecture de police, n'eut guère plus de succès. Une commission fut nommée le 28 thermidor an xii et le rapport qu'elle présenta le 20 vendémiaire an xiii contient la demande d'une nouvelle inscription plus détaillée et plus méthodique que les précé-

dentes. Cette demande fut accordée et depuis ce jour l'inscription a toujours fonctionné.

72. — Quand il s'agit de filles majeures, on ne saurait donc adresser, sur ce point, aucune critique à l'administration, elle ne fait qu'user strictement de ses droits, dans les limites conformes à la manière actuelle d'envisager la prostitution.

73. — Mais il n'en est pas de même, lorsqu'on est en présence d'une mineure. Peut-elle être inscrite ? En droit, je ne doute pas que cette mesure soit illégale, car il serait tout au moins étrange que la mineure de vingt et un ans, qui ne peut pas se marier sans le consentement de ses parents, qui n'a aucune capacité, pût, par la seule autorisation donnée par l'administration, se livrer d'une façon ouverte et publique à la prostitution. La jurisprudence fait rentrer, du reste, dans les termes de l'article 334 du Code pénal, non seulement les actes qui excitent directement les mineures à la débauche, mais aussi ceux qui ont pour résultat de faciliter même indirectement chez les mineures l'habitude du vice (1), et il ne me semble pas discutable que la Préfecture de police ou l'autorité municipale, inscrivant une mineure et lui donnant ainsi toute liberté pour exercer, dans la limite permise par les règlements, le métier de prostituée, tombe sous le coup de l'article 334.

Mais c'est sur de pareilles questions qu'il est bon de ne pas se montrer trop sévère, qu'il est nécessaire de ne pas suivre à la lettre les principes rigoureux de l'interprétation juridique ; il y a certains cas, et celui-ci en est un, où la logique inflexible du droit

(1) Crim., Cass., 10 novembre 1854, D. P., 55, 4, 44.

doit s'incliner devant les nécessités sociales. En fait, l'administration inscrit les mineures. Tous les hommes qui se sont succédé à la tête de la Préfecture de police ont été d'accord sur ce point, mais ils ont fait varier l'âge auquel cette inscription peut être opérée. De 1810 à 1813, c'était l'âge de seize ans, mais cette disposition des règlements était souvent inobservée et des enfants de douze ou treize ans étaient au nombre des prostituées tolérées. M. Delavau et M. Debelleyne, lorsqu'ils arrivèrent à la Préfecture, étaient d'avis que les règlements devaient être complètement d'accord avec la loi, et décidaient que l'inscription des mineures était impossible. Mais ils revinrent bientôt à des théories moins radicales, et c'était tantôt à dix-huit, tantôt à dix-sept ans, que les filles pouvaient être portées sur les registres de la prostitution. Il en fut de même sous le Préfectorat de M. Mangin. Aujourd'hui l'administration considère l'âge de seize ans, l'âge de la majorité pénale, comme l'époque légale à laquelle on peut inscrire les mineures ; les prostituées de moins de seize ans ne sont que de très rares exceptions. Si l'on trouve des règlements, comme celui de Dijon du 20 janvier 1888, où la femme publique est définie : « la femme qui, sans distinction d'âge, après vingt « et un ans révolus, a l'habitude d'exciter à la débauche sur la voie ou dans les lieux publics », où, par conséquent, les mineures ne peuvent pas, d'après le texte lui-même, être femmes publiques, et par suite ne peuvent pas être inscrites, il est malheureusement à craindre que ce ne soit là qu'un simple hommage rendu aux principes, un respect peut-être purement théorique des règles du droit, et que la pratique ne soit souvent en contradiction avec les termes des ar-

rétés. Il y a en effet des prostituées mineures, et l'administration n'a à sa disposition aucun moyen efficace pour les empêcher de se livrer à la débauche. Si l'on peut blâmer sévèrement la Préfecture de police et les maires qui, d'office, ou sur la demande de la mineure elle-même, ordonnent l'inscription, ce serait, à mon avis, tomber dans un excès regrettable de logique que de leur adresser le moindre reproche, quand la mineure déjà prostituée est seule, abandonnée, sans parents qui puissent, par leur autorité ou par leurs conseils, combattre les habitudes vicieuses déjà contractées, ou quand ils ont sollicité l'intervention de la famille de la jeune fille accusée par la police de chercher dans la débauche les ressources que lui fournirait plus difficilement le travail, quand cette famille a reconnu son impuissance ou quand, avec la dernière évidence, ont apparu sa mauvaise volonté ou sa complicité, quand, en d'autres termes, sont restés stériles tous les efforts tentés pour obliger à rentrer dans le chemin de l'honnêteté la mineure qui l'avait quitté. Dans ces conditions, si le refus d'inscrire les filles publiques avant vingt et un ans avait pour résultat d'empêcher leur prostitution, d'éviter le déshonneur pour leur famille, je serais, tout le premier, disposé à déclarer que l'inscription ordonnée avant cet âge est inutile et qu'il est indispensable de l'ajourner à plus tard. Mais la mineure, que l'on n'aura pas inscrite, ira se prostituer dans des maisons clandestines où, sous prétexte d'exercer un métier quelconque, elle pourra continuer la vie de débauche qu'elle avait commencée, et échapper, pour le plus grand péril de la morale et de la santé publiques, à toutes les investigations de la police. Permettre au contraire l'inscription des mineures,

c'est donner à l'administration le pouvoir de les soumettre aux règlements et de mettre ainsi un frein à leurs écarts et à leurs vices. Il me paraît donc nécessaire d'accorder au Préfet de police à Paris, et aux maires dans les départements le droit de faire rentrer les mineures elles-mêmes dans la classe des prostituées tolérées. Un auteur (1) a voulu fixer comme minimum l'âge de quinze ans ; je crois qu'il est plus exact et plus conforme aux nécessités de fait de laisser à ce point de vue un arbitraire très grand à l'administration. Dans telles circonstances données, l'inscription sera peut-être le seul moyen efficace à employer, même au regard de la fille, mineure de quinze ou de seize ans, qui se refusera à abandonner la vie, en apparence facile, de prostituée ; je m'empresse du reste de remarquer que c'est avec une sagesse et une modération dont on ne saurait trop la louer que la Préfecture agit à l'égard de ces dernières et que les jeunes filles au-dessous de seize ans figurent en nombre très restreint sur les registres de la police. Ce n'est pas, en tous les cas, en invoquant contre l'administration l'article 334 du Code pénal, en l'accusant de faciliter, par l'autorisation qu'elle leur donne, la débauche des mineures, que l'on peut arriver à un résultat pratique : l'inscription des mineures est, je crois l'avoir démontré, utile, indispensable même, dans l'intérêt général ; elle est peut-être rigoureusement illégale, mais il n'y a pas ici véritablement une question de droit, il y a une question de préservation sociale, et je ne sache pas que la science du droit soit tellement différente de la science sociale

(1) PARENT-DUCHATELET, t. I^{er}, p. 380.

qu'elle puisse rester dans le seul domaine de la théorie et de la spéculation, et dénier toute importance aux nécessités pratiques. En l'état actuel de notre législation, avec les textes rigoureusement interprétés, l'inscription des mineures est un abus, elle peut même constituer un délit, impossible du reste à punir en fait, mais en l'état actuel de nos institutions, cette inscription est le seul moyen pour l'administration d'accomplir le devoir qui lui incombe, c'est-à-dire de sauvegarder la morale et de maintenir la tranquillité publique.

74. — J'ajoute au surplus, avec la jurisprudence (1), qu'il y aurait délit à favoriser la débauche d'une mineure, même lorsqu'elle se trouve inscrite sur les registres de la police. Un arrêt de Cassation du 10 novembre 1854 (2) a fait application de l'article 334 à un propriétaire qui avait loué une chambre garnie à une mineure, la sachant inscrite comme fille publique. Le fait de l'inscription ne pourrait même pas servir d'excuse de bonne foi à l'inculpé et le faire renvoyer des fins de la poursuite intentée contre lui. (Crim., Cass., 12 décembre 1863) (3).

75. — L'inscription doit, pour avoir son plein effet, être connue des prostituées qu'elle atteint; l'arrêté qui l'ordonne est un arrêté individuel, et en vertu de l'article 96 de la loi du 5 avril 1884, il n'est obligatoire « qu'après avoir été porté à la connaissance des intéressés par voie de notification individuelle ». La notification

(1) Crim., Cass., 17 novembre 1826, D. P., 27, 1, 345; Douai, 5 février 1830, D. P., 31, 2, 190; Bordeaux, 14 février 1866, D. P., 71, 5, 33; Bordeaux, 7 novembre 1871, D. P., 72, 5, 37.

(2) D. P., 55, 1, 44.

(3) D. P., 66, 5, 34.

est établie par le récépissé de la partie intéressée, ou, à son défaut, par l'original de la notification, conservé dans les archives de la mairie. Il est curieux qu'en présence d'un texte aussi clair, certains tribunaux se soient contentés d'une notification verbale. Mais la Cour de Cassation a justement rappelé sur ce point les principes de la loi de 1884 et décidé dans deux arrêts récents, l'un de cassation du 10 mars 1893 (1), l'autre de rejet du 20 octobre 1893 (2), que l'article 96 contenait une règle générale applicable à tous les arrêtés individuels, et notamment à l'arrêté d'inscription d'une fille soumise. Dans l'arrêt du 20 octobre, la Cour insiste sur la nécessité de la remise d'une copie à l'intéressée ; c'est là, dit-elle, une formalité substantielle sans laquelle l'arrêté n'est pas obligatoire, et à défaut de copie la preuve de la notification ne peut être faite que dans les termes de l'article 96, c'est-à-dire par la représentation de l'original (3).

76. — Je suppose toutes ces formalités accomplies : la prostituée clandestine est devenue prostituée tolérée, et elle est soumise à toutes les obligations qu'imposent les règlements municipaux. Mais l'administration a-t-elle, lorsqu'elle prend cette mesure, si grave par les conséquences qu'elle entraîne, un pouvoir souverain ? Sa décision est-elle inattaquable ? Ou bien, au contraire, est-il permis à la prostituée qui se prétend victime d'une erreur, d'attaquer l'arrêté qui la concerne ?

77. — Il est certain que si on n'a pu obtenir sa ré-

(1) *Gaz. Pal.*, 1^{er} semestre 1893, 1, 614.

(2) *Gaz. Pal.*, 2^e semestre 1893, 1, 537.

(3) Cf., sous les lois précédentes : *Crim., Cass.*, 14 novembre 1861, D. P., 61, 5, 397.

formation par la voie gracieuse, l'arrêté individuel d'inscription peut faire l'objet d'un recours administratif contentieux devant le Conseil d'état pour excès de pouvoirs. La loi du 24 mai 1872, organique du Conseil d'état, porte en effet en son article 9 : « Le Conseil statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives ». Mais la jurisprudence ne fournit aucun exemple d'un pareil recours, et on le comprend facilement, si on se place en présence de la théorie admise par le Conseil d'état en matière de recours contentieux pour excès de pouvoirs. Si on avait trouvé en effet regrettable d'obliger un particulier à commettre une contravention et par suite à encourir une condamnation pénale, pour lui permettre de discuter la validité de la mesure qu'on voulait lui appliquer, on décidait, d'autre part, que sauf les cas d'excès de pouvoirs flagrant, il était bon de laisser la question aux tribunaux répressifs, et on se bornait à déclarer que le maire avait agi dans l'exercice des pouvoirs de police qui lui étaient confiés, sans préjuger la solution à donner sur l'existence de l'excès de pouvoirs.

78. -- Il y a, à côté de ce recours administratif, un recours judiciaire, que j'appellerai indirect, porté devant les juridictions pénales de droit commun. La femme, par le fait de son inscription, est soumise à toutes les obligations imposées par le règlement sur la police des mœurs, si elle refuse d'exécuter quelque une des dispositions de ce règlement, procès-verbal est dressé contre elle et le tribunal de simple police est compétent pour connaître de la contravention. Mais il est toujours permis au juge devant lequel la fille est poursuivie en vertu de l'article 471 n° 15 du Code

pénal, d'examiner si l'arrêté que l'on prétend violé s'appliquait à la contrevenante, et de décider par suite si l'arrêté d'inscription n'a pas été pris par erreur contre une personne qui, en fait, n'était pas prostituée, et par conséquent en dehors des pouvoirs qui sont attribués par la loi à l'autorité municipale. Certains règlements généraux sur la prostitution ont cru devoir consacrer ce droit d'une façon expresse. C'est ainsi, du moins, que j'interprète l'article 3 du règlement de Marseille de 1878, ainsi conçu : « Si le maire main-
« tient sa décision d'inscription, il sera indiqué à la
« femme qui en fait l'objet les moyens d'en appeler à
« une autre juridiction, c'est-à-dire devant le tribunal
« de simple police, à la barre duquel elle sera tra-
« duite pour contravention au présent règlement, et
« où elle a le droit de fournir la preuve qu'elle peut
« avoir été inscrite indûment » (1). Il est vrai que cet article nous parle d'un droit d'appel à une autre juridiction. Mais quelle est donc la loi d'organisation judiciaire qui déclare le tribunal de simple police juge d'appel des décisions du maire ? Ce serait une nouveauté juridique que cet appel sans aucunes formes, sans aucuns délais, cette comparution de la partie appelante pour contravention à un règlement dont il s'agit justement d'apprécier la validité. S'il y avait là, du reste, un véritable appel, l'arrêté, en vertu de la règle de l'effet suspensif, ne pourrait pas être mis à exécution, et la contravention ne pourrait pas exister. Ce qu'il y a dans l'article 3 du règlement de Marseille, c'est le développement de cette idée que le juge de la contravention peut toujours apprécier la légalité de

(1) Cet article est rapporté dans l'ouvrage de Fiaux, p. 202.

l'arrêté municipal, dont les prescriptions ont été violées, et de l'arrêté d'inscription qui l'a rendu applicable à la contrevenante. L'inscription sur le registre des filles publiques n'imprime pas en effet d'une façon définitive, à la femme qui en est l'objet, la qualité de prostituée, elle n'établit qu'une présomption qui peut tomber devant la preuve contraire. La jurisprudence de la Cour de cassation n'a jamais varié sur ce point, et tous les arrêts décident que la fille publique, poursuivie pour infraction au règlement municipal sur la prostitution, peut toujours demander à prouver par témoins l'erreur commise, à démontrer qu'en fait elle ne se livrait pas à la débauche et que c'est à tort que le maire a pris contre elle l'arrêté d'inscription qui l'avait classée au nombre des filles soumises. Mais il est nécessaire que ce fait soit prouvé par une enquête régulièrement faite devant le juge de police. Il ne suffit pas, disent en substance les arrêts, pour dénier la qualité de prostituée attribuée à la prévenue par procès-verbal du commissaire et arrêté du maire, que, en l'absence de toute enquête, le juge se borne à alléguer qu'il ne résulte pas des éléments du procès que cette fille appartienne à la catégorie des filles publiques. Et si le jugement de relaxe constate, en ces conditions, que l'arrêté sur la police des mœurs ne peut s'appliquer à la contrevenante, il y aura violation de l'article 154 du Code d'Instruction criminelle, et la Cour suprême cassera par ce motif le jugement ainsi rendu.

79. — Mais sera au juste le pouvoir du juge qui, après une enquête sollicitée par la prévenue et régulièrement faite, aura constaté que la présumée fille soumise ne se livrait pas à la prostitution ? La question est délicate, car s'il appartient au pouvoir

judiciaire de protéger la liberté individuelle contre les actes arbitraires qui voudraient la supprimer ou la restreindre, s'il est du devoir de la Cour de cassation de maintenir le pouvoir municipal dans les limites que la loi lui a assignées, il y a d'autre part, en droit constitutionnel, le principe de la séparation des pouvoirs, qui empêche notamment l'empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif, et par suite sur les pouvoirs de l'autorité administrative. C'est en se fondant sur cette dernière idée que certains auteurs avaient voulu, contrairement à la théorie de la Cour de cassation, refuser au juge de police le droit d'examiner le sens et la légalité des arrêtés et de décider qu'ils étaient faussement appliqués. Le principe de séparation des pouvoirs ne saurait avoir une portée aussi générale, mais il serait inexact de n'en tenir aucun compte. Le juge peut bien en effet déclarer l'illégalité de l'arrêté d'inscription, dire en conséquence que le règlement sur la police des mœurs est inapplicable à la fille poursuivie, et renvoyer celle-ci des fins de la plainte. Mais c'est à cela que se borne son rôle, il statue à côté de l'arrêté, il ne peut pas l'annuler ; ce n'est qu'à l'autorité administrative qu'il appartient de décider la radiation. Un jugement du tribunal de simple police de Reims, confiant au ministre public le droit de faire opérer cette radiation, a été cassé par la Cour suprême (1).

80. — C'est ainsi que la question s'est presque tou-

(1) Cette théorie est consacrée par de nombreux arrêts : Crim. Cass., 7 janvier 1862, D. P., 62, 1, 445 ; 8 mars 1866, D. P., 66, 1, 141 ; 22 mars 1872, D. P., 72, 1, 155 ; 25 avril 1873, D. P., 73, 1, 314 ; 21 novembre 1874, D. P., 76, 1, 95 ; 16 novembre 1876, D. P., 77, 1, 331 ; 15 décembre 1876, D. P., 77, 1, 509 ; 11

jours présentée en pratique : le tribunal est saisi par voie d'exception. Mais la jurisprudence offre pourtant un exemple de ce que j'appellerai un recours direct devant les juridictions de droit commun, et j'entends par là que le tribunal est saisi par voie d'action. Le père d'une mineure, inscrite comme prostituée sur les registres de la police, s'adresse au tribunal civil d'Auch pour demander, au nom de sa fille, des dommages-intérêts pour le préjudice à elle causé par l'inscription, qu'il prétendait opérée à tort. Le tribunal, par un jugement du 10 mars 1873, refusa de faire droit aux conclusions du demandeur et se déclara incompétent, « attendu, » disait-il, « que l'inscription constitue un acte administratif, » dans lequel le tribunal ne saurait s'immiscer sans « violer le principe de la séparation des pouvoirs. »

Appel est interjeté devant la Cour d'Agen qui, dans un arrêt du 27 juin 1873 (1), déclare, sur la question d'incompétence, que la municipalité ne peut avoir le droit d'inscrire irrévocablement et sans recours judiciaire de la personne inscrite, que porter la question devant les tribunaux civils, c'est exercer un recours contre une note de police préjudiciable à la personne qui en demande la réformation. La Cour constate l'existence d'un préjudice très grave, dont il est bon d'assurer la réparation, et elle se déclare compétente, tout en rejetant, du reste, les conclusions principales, parce que la preuve n'était pas faite que la fille ne se

juillet 1879, D. P., 80, 1, 95; 6 décembre 1888, *B. cr.*, p. 553, n° 353; 26 novembre 1892, D. P., 93, 1, 462, *B. cr.*, 92, p. 481, n° 305.

(1) D. P., 74, 2, 169.

livrait pas à la prostitution. Le tribunal civil, incompetent d'après le jugement du 10 mars, serait compétent, d'après l'arrêt du 27 juin, pour connaître de la demande à fin de radiation d'une fille inscrite et des dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'inscription. C'est ce seul point que je veux relever dans l'arrêt ; je n'insiste pas sur la seconde partie du dispositif, entièrement conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, que j'ai indiquée plus haut ; je ne m'occupe que de la question de compétence.

Entre les deux théories émises, laquelle faut-il adopter ? Il semble que les décisions contraires du jugement et de l'arrêt soient des conséquences du système admis sur la nature de l'inscription. Le tribunal dit : c'est un acte administratif, pour la Cour, c'est une note de police. L'acte administratif impose des obligations à ceux qui en sont l'objet, il doit leur être signifié ; la note de police, sorte de renseignement consigné sur un registre, n'impose, actuellement du moins, aucune obligation ; elle est occulte, ignorée du public et même de la personne à laquelle elle s'applique. Sans doute, l'administration a le droit d'user d'indulgence vis-à-vis de la mineure prostituée. Espérant un retour à l'honnêteté, elle peut se contenter de conseils et de remontrances ; il n'est pas défendu à ce moment de mentionner, sur un des registres de la préfecture ou du commissariat central, les habitudes de débauche de la mineure, tous les actes répréhensibles déjà commis par elle, signalés dans les rapports des agents des mœurs : ce n'est qu'une note de police. Mais quand, en dépit de tous les efforts, malgré toutes les exhortations, profitant de l'indulgence même dont on avait si largement fait preuve à son égard, la

mineure semble définitivement vouée au vice et à la prostitution, on l'inscrit, on lui signifie l'arrêté pris contre elle ; désormais, elle est soumise à de nombreuses obligations. L'inscription rentre donc bien dans l'idée que j'ai donnée de l'acte administratif. Le tribunal d'Auch me paraît donc avoir rendu un jugement très juridiquement exact en se déclarant incompétent : il est impossible d'admettre, en effet, que l'appréciation d'un acte administratif soit demandée (d'une manière directe et principale tout au moins) à une juridiction qui n'est pas de l'ordre administratif. Nous n'avons pas, en cette matière, un texte semblable à l'article 29 de la loi du 3 juin 1838 sur les aliénés qui permette de se pourvoir devant un tribunal de droit commun contre la décision du préfet ou du maire ordonnant le placement définitif ou provisoire de la personne atteinte de folie dans un établissement d'aliénés. Dans ces conditions, la Cour d'Agen ne pouvait pas réformer la décision du tribunal, mais elle a déclaré que l'inscription était une note de police, et il en résultait, d'après elle, que le dommage ainsi causé pouvait entraîner réparation et que le juge de droit commun, sans toucher au principe de la séparation des pouvoirs, était compétent pour statuer. L'inscription serait un acte administratif lorsqu'elle aurait été suivie d'effet, lorsqu'un acte quelconque aurait été fait pour soumettre la mineure inscrite au régime des prostituées (et ici aucun acte semblable n'avait été fait), mais à l'envisager en elle-même, indépendamment des suites qu'elle peut avoir, elle ne serait qu'une simple note de police. On a trouvé cette distinction subtile et quelque peu inexacte, car ce qui fait la gravité de l'inscription, ce sont les conséquences

qui en résultent. En fait, cela est vrai : sauf l'hypothèse d'une erreur grossière commise par l'administration inscrivant une fille honnête, sur de simples soupçons, sur les allégations d'un agent des mœurs reconnues fausses dans la suite, après un examen approfondi, je ne vois pas très bien quel peut être le préjudice causé par la seule inscription. Mais théoriquement, je ne saurais me rallier à cette opinion, car il semble bien qu'il n'y a pas, tant que l'inscription n'a pas été suivie d'effet, un acte administratif proprement dit : l'un des éléments fait défaut. Ce qui me paraît critiquable, ce n'est pas la distinction faite par la Cour d'Agen, c'est la définition même de l'acte administratif. C'est, à mon sens, quelque chose de beaucoup plus large et de beaucoup plus compréhensif. Note de police, ou acte administratif *stricto sensu* sont des actes émanés d'un fonctionnaire administratif, qui se réfèrent à un objet de son administration, ce sont donc tous deux des actes administratifs et ce n'est pas aux juges civils qu'il appartient de les apprécier. La Cour d'Agen a donc décidé à tort qu'elle était compétente pour statuer sur la radiation de l'inscription. Cette mesure ne peut être prise que par l'administration ; il n'y a que le maire, le préfet ou le ministre, par voie gracieuse, le Conseil d'état par voie contentieuse, qui puissent l'ordonner. Mais d'autre part, le tribunal d'Auch avait fait une fausse application du principe de la séparation des pouvoirs en déclarant, d'une manière générale, son incompétence, car la validité de l'inscription une fois appréciée par l'autorité administrative, la question des dommages-intérêts pour préjudice causé par l'inscription injustement opérée est du ressort des tribunaux de droit commun. Je conclus

done, et la théorie s'applique aux inscriptions des majeures, comme à celles des mineures, que le tribunal civil, saisi d'une demande en radiation et d'une demande en dommages-intérêts, doit se déclarer incompétent sur le premier chef, et surseoir à statuer sur le second jusqu'à la décision de l'autorité ou de la juridiction administrative. Il n'est pas plus permis aux juridictions civiles qu'aux juridictions répressives d'ordonner la radiation de l'inscription : le tribunal de simple police, saisi par voie d'exception, statue à côté de l'arrêté, le déclare inapplicable, mais il ne peut pas en prescrire la suppression ; le tribunal civil, saisi par voie d'action, ne peut même pas apprécier si l'inscription a été injustement opérée, il doit attendre, et quand, administrativement, il aura été décidé ou jugé qu'il n'y avait pas lieu d'inscrire, il pourra, statuant sur la seule question des dommages-intérêts, accorder à la victime de l'erreur la réparation qu'elle sollicite. Le principe de la séparation des pouvoirs me semble de cette manière pleinement respecté.

II, — MESURES PRISES VIS-A-VIS DE LA PROSTITUTION TOLÉRÉE

81. — La fille publique, une fois inscrite sur le registre de la police, reconnue en quelque sorte officiellement prostituée, peut exercer sa profession sous les conditions énumérées par l'arrêté général sur la prostitution pris par le maire dans les départements, par le Préfet de police à Paris. Elle est soumise, dans la mesure où elles sont légales, à toutes les obligations imposées par cet arrêté. Elle reçoit une carte

qui contient : la date de la délivrance, les noms, prénoms, surnoms de la femme, son domicile, son âge, son lieu de naissance et son signalement. Cette carte, preuve directe de l'inscription, elle doit l'exhiber à première réquisition de l'agent des mœurs ; c'est le sauf-conduit, le passeport indispensable pour user, en toute sécurité, de la tolérance octroyée par l'autorité municipale. Il n'est pas permis de mettre en doute la légalité de cette mesure primordiale ; la prostitution n'est pas libre, il faut que l'on puisse facilement avoir la preuve que la fille ou la femme qui essaie d'attirer sur la voie publique l'attention des passants, est inscrite ; il n'était pas pratique de consulter chaque fois le registre des inscriptions, et puisque l'on admettait la légalité de cette opération qui faisait passer la prostituée clandestine au rang de fille soumise, il fallait de toute nécessité un acte récognitif de l'inscription : c'est la carte. Tous les arrêtés en prescrivent l'usage, c'est ainsi seulement que peut s'exercer d'une manière efficace, dans la pratique, le pouvoir de surveillance de l'administration au regard de la prostitution tolérée. Sans la carte, l'arrêté d'inscription resterait souvent lettre morte ; et si l'inscription est la base nécessaire de tout système de tolérance, de toute classification en filles insoumises et filles soumises, la carte est le critérium le plus simple de la distinction admise.

82. — Les règlements municipaux font tous des énumérations, à peu de chose près semblables, des obligations imposées aux filles inscrites et des défenses qui leur sont faites ; on reconnaît, en général, la légalité de la plupart de ces dispositions, et je me range, sans hésitation, à cet avis. Ce sont presque toutes, en effet, des restrictions apportées au nom de

la morale et de la tranquillité publiques au droit de libre circulation et au droit de libre séjour, et je ne crois pas que, à moins de considérer la prostitution comme absolument permise, comme pouvant s'exercer sans contrôle, ce qui, actuellement, ne saurait être admis, on soit bien fondé à dénier aux maires ou au Préfet de police le droit de prendre les mesures qu'ils croient nécessaires pour circonscrire des désordres inévitables et diminuer le nombre des exemples de corruption et d'immoralité qui en résultent. Le seul fait, de la part d'une prostituée, d'attirer par des gestes l'attention des passants, ne constitue pas, en principe, le délit d'outrage public à la pudeur, prévu et puni par l'article 330 du Code pénal, mais il n'en est pas moins vrai que de pareilles scènes blessent les regards du public, et deviennent, par leur fréquence même, une sorte de danger social : c'est à l'administration qu'il appartient de l'éviter.

83. — Seraient légales, par exemple, les dispositions d'un arrêté sur la prostitution qui régleraient la mise des filles publiques, qui leur défendraient de stationner sur la voie publique, d'aller et de venir dans un espace trop restreint, de se faire suivre ou accompagner par des hommes, d'entrer dans les passages, jardins et promenades publics, de circuler dans les rues après la chute du jour (1), de faire tout geste qui pourrait donner lieu aux plaintes des voisins et des passants, de fréquenter les établissements publics, cabarets, restaurants et autres lieux où se débitent des boissons (2), d'habiter des quartiers ou des rues interdits par l'administration.

(1) Crim., Cass., 17 novembre 1866, D. P., 67, 1, 44.

(2) Crim., Cass., 13 avril 1866, D. P., 66, 5, 393.

Un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1842 (1) a déclaré légale la disposition d'un arrêté défendant aux femmes notoirement connues pour se livrer à la prostitution, de sortir, sous aucun prétexte, de leurs demeures et de paraître sur la voie publique après une certaine heure, attendu, dit-il, « en droit, « que le respect de la décence et des mœurs dans les « lieux publics est la première garantie du bon ordre « et que le soin confié à l'autorité municipale de « veiller à la sûreté de la voie publique lui donne « nécessairement le droit de prendre toutes les mesures qu'elle juge convenables pour l'assurer « sous ce rapport », et après avoir constaté qu'en fait les filles contrevenantes sont connues de la police comme des filles publiques de profession et qu'il est constant qu'elles ont été trouvées, après l'heure fixée, sur une promenade publique, il ajoute : « Qu'en les « relaxant de la poursuite intentée contre elles à ce « sujet, par les motifs que leur présence sur cette promenade publique n'est contraire ni à l'ordre public « ni aux mœurs, puisqu'elles ne faisaient rien pour « attirer à elles les passants, et que la défense en « question n'est pas obligatoire, aucune autorité « n'ayant le droit d'empêcher qui que ce soit de sortir de chez lui pour cause licite, le jugement dénoncé « a restreint arbitrairement la disposition générale « de cette défense, ainsi que l'étendue du pouvoir « municipal dans cette partie de ses attributions. »

En fait, cet arrêt ne me semble pas critiquable, car il paraît résulter des circonstances souverainement appréciées par le Tribunal de simple police que les

(1). D. P., 42, 1, 224.

filles stationnaient et circulaient dans une promenade publique après l'heure fixée, sans avoir aucune raison valable pour excuser leur sortie tardive. mais en droit une distinction s'impose. La répression ne doit pas, à mon avis, aller plus loin que ne l'exigent le maintien de l'ordre et le respect de la morale ; l'autorité municipale dépasse le but qu'elle se propose, lorsqu'elle défend aux filles publiques de sortir de leurs demeures et de se trouver sur la voie publique après une certaine heure sous quelque prétexte que ce soit. Sans doute, son pouvoir de police s'exerce au regard de la prostituée, en tant que prostituée, et le juge de simple police a certainement donné une fausse interprétation de l'arrêté, en indiquant, comme motif du jugement de relaxe rendu par lui, que les filles poursuivies ne faisaient rien pour attirer à elles les passants : la défense de sortir après la tombée de la nuit est surtout faite pour prévenir le scandale que la seule présence des prostituées pourrait occasionner sur la voie publique, et il n'est pas du tout nécessaire que ce scandale ait eu lieu pour que la contravention existe. Mais, d'autre part, le jugement a déclaré, avec raison, selon moi, qu'aucune autorité n'avait le droit d'empêcher qui que ce soit de sortir de chez lui pour cause licite, et si la prostituée (ce qui du reste n'était pas le cas) avait un motif sérieux de se trouver dans la rue après l'heure fixée, le juge du fait aurait à apprécier ses dires et il devrait acquitter la contrevenante dont les allégations auraient été reconnues sincères. La Cour de cassation aurait dû faire cette distinction : elle a affirmé d'une façon beaucoup trop absolue la légalité de la disposition qu'il s'agissait d'appliquer. L'autorité municipale a le droit d'interdire

aux filles publiques de sortir après une certaine heure, mais elle dépasse les limites de ses pouvoirs, et elle sacrifie inutilement à l'intérêt général les intérêts individuels, lorsqu'elle ajoute « sous quelque prétexte que ce soit. » Je ne sache pas, en effet, que le bon ordre social ait quelque chance d'être troublé par la sortie tardive d'une prostituée, quand elle est fondée sur une raison sérieuse ; avec une telle généralité, la disposition devient illégale et vexatoire.

C'est en invoquant la distinction que j'ai essayé d'établir et de justifier que j'interpréterais un arrêté déclarant simplement les rues interdites aux prostituées après la chute du jour : Si une prostituée est, dans ces conditions, trouvée sur la voie publique, elle paraît être en contravention, procès-verbal sera dressé contre elle, mais elle aura toujours le droit de plaider sa non-culpabilité en prouvant que sa sortie tardive était sérieusement motivée et que, par suite, elle n'a commis aucune contravention.

Au surplus, ce qui est défendu, c'est de se trouver sur la voie publique, et il ne suffirait pas, pour qu'il y eût contravention, que l'on eût constaté l'absence de la fille à son domicile ; alors même que l'arrêté porterait défense à toutes femmes, se livrant à la prostitution, de sortir de leurs demeures, le procès-verbal devrait mentionner non pas que telle femme était sortie, mais qu'elle a été trouvée dans la rue après l'heure fixée par le règlement.

84. — La carte, remise aux filles inscrites, est, je l'ai dit, le moyen pratique d'assurer le respect des obligations imposées et des défenses faites par les arrêtés. C'est elle notamment qui, au cas d'infraction, indique à l'agent des mœurs le domicile exact de la

coupable. Mais on comprend que si les individus, logeurs de profession ou autres, qui louent des appartements aux filles soumises, n'étaient pas astreints eux-mêmes à certaines obligations, il serait facile aux locataires, après quelques semaines, quelques mois au plus, de quitter la chambre qu'elles occupent, d'omettre intentionnellement la déclaration de changement de résidence que l'administration leur demande, et d'égarer ainsi, par la fausse adresse portée sur leur carte, les recherches de la police. Il est donc nécessaire, pour donner aux arrêtés municipaux sur la prostitution tous les effets qu'ils doivent avoir, pour en assurer la complète et rigoureuse exécution, que la surveillance de la police s'exerce non seulement au regard des filles inscrites, mais aussi au regard de ceux qui leur fournissent le logement. Je ne parle pas ici des personnes qui tiennent des maisons, dites de tolérance, dont l'ouverture est subordonnée à une autorisation toujours révocable de l'administration ; je laisse de côté également celles qui, possédant des chambres ou appartements, font le métier d'y recevoir habituellement, moyennant une rétribution plus ou moins déguisée, des femmes qui viennent s'y prostituer : ce sont là des lieux de débauche clandestins dont l'administration a le droit et le devoir d'ordonner la fermeture. Je ne m'occupe que des filles isolées et des individus, qui, logeurs de profession ou simples particuliers, logent dans un appartement garni une fille inscrite, sans faciliter en aucune façon l'exercice de sa profession, et je me demande si l'autorité municipale peut les viser dans un arrêté sur la prostitution ?

85. — On conçoit deux façons d'agir à leur égard : l'une, radicale, leur interdire toute location au profit

d'une fille soumise ; l'autre, moins absolue, prendre seulement certaines précautions en ce qui les concerne. Ces deux modes de procéder se trouvent dans les règlements. Mais le motif même que j'ai donné pour justifier cette ingérence de l'administration ne se concilie guère qu'avec le second d'entre eux. Si je lui accorde volontiers un droit au regard de ces particuliers, qui cependant ne font pas métier de faciliter la débauche et la prostitution, c'est parce que, sans cela, il est impossible d'arriver à l'exacte application des arrêtés, et que, sans cela, les investigations de la police resteront infructueuses. La fille se soustraira aux visites sanitaires obligatoires, on constatera son absence, la contravention qu'elle a commise, mais la société n'aura contre elle que la satisfaction illusoire d'une condamnation par défaut, dont une prudente habileté suffira à empêcher à jamais l'exécution. Vis-à-vis de ces individus, tout ce que l'administration peut s'attribuer, c'est donc un simple droit de surveillance. Le droit qu'elle a contre les filles publiques inscrites, elle l'étend en quelque sorte à ceux qui leur fournissent un asile, mais de même qu'un arrêté ne peut pas légalement interdire la prostitution, de même il ne peut pas interdire aux propriétaires et principaux locataires, la location aux prostituées des appartements qu'ils possèdent. La prostituée n'est pas obligée d'être « femme de maison » ; isolée, l'administration la tolère, il faut donc bien que, dans certains quartiers tout au moins, elle puisse trouver un abri.

86 — Ce raisonnement me semble d'une logique invincible ; pourtant, quelquefois, la jurisprudence a admis la légalité d'un arrêté interdisant aux propriétaires de louer aucune chambre à des femmes de débauche, de

les loger ou recueillir chez eux (Cassation, 19 juin 1846) (1). « On verrait à tort », dit M. Dalloz (2), « dans « une pareille disposition, une atteinte aux principes « de l'égalité civile, de la liberté individuelle et de la « propriété ». Mais, qu'on le veuille ou non, il est bien certain que ces principes sont violés ; la question n'est pas là ; cette violation, l'intérêt général et l'ordre public l'exigent, mais dans quelle mesure est-elle nécessaire ? C'est ce qu'il importe de se demander. Or, je crois avoir prouvé, non seulement qu'il n'est pas indispensable, à ce point de vue, de supprimer l'un des avantages les plus importants du droit de propriété, la faculté de donner à bail la chose qui vous appartient, mais encore que l'interdiction de louer un appartement garni à une fille publique, faite aux propriétaires et locataires principaux, est en désaccord avec les idées actuellement reçues sur la prostitution ; elle entraîne, faute d'asile possible pour elles, la suppression des prostituées inscrites, qui ne sont pas femmes de maison ; elle est donc la négation même de la tolérance admise au profit des prostituées isolées.

87. — La Cour de cassation apportait du reste dans un arrêt du 18 juillet 1857 (3), une restriction importante au système soutenu par elle en 1846. Il faut, d'après cet arrêt, que la location soit faite à la fille, pour qu'elle exerce dans les lieux loués son métier de prostituée ; il n'y a pas contravention dans le seul fait de louer, contrairement à l'arrêté, mais dans le

(1) D. P., 46, 4, 36; cf., Crim., Cass., 30 novembre et 14 novembre 1861, D. P., 61, 5, 396 et 397.

(2) Code des Lois politiques et administratives. V^o Commune, n^o 4033.

(3) D. P., 57, 1, 382.

fait, de la part du propriétaire, de laisser la fille exercer sa profession dans l'appartement loué, lorsque ce propriétaire savait qu'il louait à une fille publique. « Attendu », dit la Cour, « que si l'autorité municipale a le droit de réglementer la prostitution dans ses rapports avec le bon ordre, la morale publique et la police des lieux publics, ce droit ne saurait s'étendre jusqu'à interdire d'une manière absolue à tout propriétaire, même non aubergiste, cafetier ou loueur en garni, de louer aucun appartement aux femmes de mauvaise vie, ou filles publiques, de les loger ou recueillir chez eux ; qu'il y a lieu, à cet égard, de distinguer entre le fait de location et celui de l'exercice dans les lieux loués d'une profession soumise, par sa nature, à la surveillance spéciale de l'autorité », et elle décide que, comme en fait, le prévenu ne connaissait pas la profession de sa locataire, et ignorait qu'elle l'exercât dans les lieux loués, comme il s'était, du reste, empressé de la renvoyer dès que la police la lui avait désignée comme femme publique le jugement dénoncé n'a violé aucune loi. Même restreint à ces limites, le système de l'interdiction de louer me semble encourir les mêmes critiques, et je ne conçois, comme légal, que le second mode de procéder, c'est-à-dire le droit de surveillance de la part de l'administration.

88. — Il peut s'exercer de deux manières : la personne qui loge en garni des femmes publiques peut être astreinte, soit à se munir d'une permission préalable de l'autorité administrative, soit simplement à faire à la police une déclaration comprenant telles ou telles indications, déterminées par l'arrêté, quand elles donneront à bail un appartement garni à une fille inscrite.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 18 février 1860 (1), a déclaré légale la première d'entre elles; je n'hésite pas, pour ma part, à adopter la seconde. Je ne comprends guère, en effet, l'autorisation préalable, quesi elle est donnée d'une façon générale, une fois pour toutes; il me semble alors bien difficile de l'appliquer aux propriétaires non logeurs de profession, et ce qu'il est nécessaire de trouver, c'est une mesure qui puisse atteindre tous ceux qui, logeurs ou non, fournissent un appartement garni à des filles publiques. La déclaration à la police peut, au contraire, sans difficultés, être exigée de tous. D'autre part, l'autorisation, une fois accordée, donne toute liberté à celui qui en bénéficie, de louer aux prostituées : la surveillance de l'administration s'exercera d'une façon plus efficace avec la déclaration; comme elle doit être faite pour chaque location consentie, l'attention de la police sera attirée plus directement.

89. — S'il n'était question que de logeurs en garni, l'autorisation pourrait suffire, car ces « logeurs ou loueurs de maisons garnies » sont obligés par l'article 475 n° 2 du Code pénal, sous peine d'une amende de six à dix francs, d'inscrire sur un registre tenu régulièrement les noms et professions des personnes qui ont passé même une seule nuit dans leurs maisons, et de représenter ce registre aux époques déterminées par les règlements, ou lorsqu'ils en auraient été requis, aux maires, adjoints, officiers ou commissaires de police. De cette façon, l'administration aurait toutes facilités pour suivre les filles inscrites dans tous les appartements qu'elles occupent. Si la tenue de

(1) D. P., 60, 5, 308.

ce registre pouvait être imposée aux simples propriétaires qui ne sont pas « logeurs ou loueurs de maisons garnies », je ne verrais aucun inconvénient à admettre le système de l'autorisation, mais la question est de savoir si ces personnes tombent sous le coup de l'article 475 n° 2 du Code pénal.

90. — Ce texte ne vise expressément que les « aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies »; et, comme il s'agit d'une disposition pénale, l'interprétation restrictive s'impose. Or, le mot « loueur de maisons garnies » ne peut indiquer que des personnes qui font métier de recevoir des étrangers dans leurs maisons, qui sont assujetties à la patente à raison même de cette profession; il ne saurait comprendre, malgré sa généralité apparente, les propriétaires qui disposent d'une partie de leurs maisons, les locataires qui utilisent une partie de leurs appartements en louant des chambres garnies. L'argument de texte est, du reste, pleinement corroboré par un argument historique. La loi des 19-22 juillet 1791, organisant la police municipale, portait dans son article 5 : « Dans les villes et les campagnes, les aubergistes, maîtres d'hôtels garnis et logeurs seront « tenus d'inscrire de suite et sans aucun blanc sur un « registre, etc. » Cette loi ne concernait que les loueurs de profession, patentés, et la preuve directe en résulte de la pénalité infligée par l'article 6 : la contravention était punie d'une amende qui s'élevait au quart du droit de patente, et au minimum à trente livres. Les termes de l'article 475 sont presque identiques à ceux de la loi de 1791, et il semble bien probable que les rédacteurs du Code pénal aient voulu suivre les errements de la législation antérieure. Un arrêté munici-

pal ou préfectoral qui étendrait à toutes personnes donnant à louer en garni les obligations imposées aux loueurs de profession, serait donc illégal, entaché d'excès de pouvoir, et par conséquent n'aurait pas force obligatoire. La Cour de cassation a consacré cette doctrine. Le 14 décembre 1832 (1), elle posait déjà le principe : « Attendu », dit l'arrêt, « qu'en autorisant l'autorité municipale à publier de nouveau les lois et règlements de police, la deuxième partie de l'article 46 de la loi des 19-22 juillet 1791 ne lui donne pas le droit d'ajouter à la disposition de ces lois et de l'étendre aux personnes qu'elles ne concernent point. » Depuis cette époque, la jurisprudence de la Cour suprême n'a pas varié : les nombreux arrêts qu'elle a été appelée à rendre sont tous à peu près conçus dans les mêmes termes. Je cite l'arrêt du 1^{er} août 1845 (2). « L'article 475 n° 2 », dit-il, « détermine les obligations des aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies, le règlement municipal de Lorient applique ces dispositions à tous traiteurs, aubergistes, cafetiers et autres et à tous ceux qui tiennent des chambres garnies et qui logent des étrangers » ; et il déclare « que le fait de tenir des chambres garnies peut appartenir à des individus qui n'exercent pas la profession d'aubergistes, hôteliers ou loueurs de maisons garnies et qu'ainsi l'arrêté municipal a assimilé un fait purement accidentel à une profession habituelle et déterminée ; qu'il a ajouté aux dispositions de la loi une disposition nouvelle qui dépassait la limite du

(1) DEVILLENEUVE, 33, 1, 197.

(2) B. cr., n° 249, p. 411, D. P., 46, 4, 37.

« pouvoir réglementaire confié à l'autorité municipale ;
« que le propriétaire qui loue des chambres garnies
« ou non garnies dans la maison qui lui appartient ne
« fait en cela ni acte de commerce, ni profession de
« logeur » (1).

91. — Ainsi, l'article 475 n° 2 est inapplicable aux propriétaires qui ne font pas profession de louer en garni, la loi ne leur impose pas l'obligation de tenir un registre, l'arrêté qui la leur imposerait serait illégal. Le système de l'autorisation préalable resterait donc à leur égard dénué de tout effet ; pour eux, le système de la déclaration est seul efficace. Et ce qu'il y a tout au plus lieu de faire, si l'on ne veut pas, ce qui me semble pourtant le moyen le plus simple et le plus énergique, exiger de tous, logeurs ou autres, la déclaration à la police (2), et permettre ainsi une surveillance plus étroite des prostituées et de leurs divers changements de résidence, comme il est à peu près impossible et en tous les cas inutile de généraliser le système de l'autorisation, c'est, comme paraît le décider le règlement de Dijon du 20 janvier 1888, d'appliquer distributivement les deux idées : autorisation préalable, pour les logeurs en garni ; déclaration à la police pour les propriétaires ou locataires non logeurs de profession.

92. — Sous ces réserves, et sauf ces mesures admi-

(1) Cf., Crim., Cass., 20 décembre 1849. *B. cr.*, n° 348, p. 497 ; 3 juin 1853, *B. cr.*, n° 202, p. 309 ; 13 août 1853, *B. cr.*, n° 459, p. 523 ; 4 juin 1858, *B. cr.*, n° 166, p. 270 ; 30 novembre 1861, *B. cr.*, n° 263, p. 426 ; et plus récemment Crim., Cass., 4 mars 1882. *D. P.*, 82, 1, 439. Cf. également : CHAUVEAU et HÉLIE, t. VI, pp. 427 et suiv. ; — GARRAUD, t. V, p. 724.

(2) En ce sens, Crim., Cass., 30 mai 1844, *B. cr.*, n° 186.

nistratives, le droit de propriété subsiste tout entier ; le propriétaire peut jouir de sa chose, comme il le veut, de la manière la plus absolue, il peut la louer, avec ou sans destination convenue, et on ne saurait l'astreindre à la tenue d'un registre. Les arguments que j'ai présentés à l'appui de ces deux idées sont généraux, et les solutions qui en découlent s'appliquent à tous et partout en France ; elles ont été pourtant contestées par la Cour de cassation en ce qui concerne Paris et les localités comprises dans le ressort de la Préfecture de police. Pour elles, la jurisprudence de la Cour suprême semble avoir admis définitivement sur ces deux points la théorie inverse de celle que j'ai soutenue.

93. — La Cour de cassation rattache ses décisions à une question plus générale, elles ne sont, à ses yeux, que l'application à des hypothèses particulières de l'interprétation donnée à l'article 484 du Code pénal (1). Cet article est ainsi conçu : « Dans toutes les matières « qui n'ont pas été réglées par le présent Code, et « qui sont régies par des lois et des règlements particuliers, les Cours et Tribunaux continueront de « les observer. » Le Code n'a pas énuméré, et il ne pouvait pas le faire, toutes les infractions ; à côté des dispositions générales qu'il renferme, il y avait à prendre une foule de mesures spéciales, dont il ne s'est pas occupé. La plupart des points, laissés ainsi de côté par les rédacteurs du Code de 1810, étaient traités dans des lois anciennes, dans des règlements

(1) V. le commentaire de cet article dans CHAUVEAU et HÉLIE, t. VI, pp. 487 et suiv. — Cf. également GARRAUD, t. I, pp. 176 et suiv.

particuliers antérieurs à la Révolution, et le juge pouvait légitimement se demander celles de ces lois, ceux de ces règlements qui restaient encore debout. Le Code a voulu mettre fin à toute hésitation, et il a déclaré que les lois ou règlements spéciaux ne seraient implicitement abrogés par la loi pénale nouvelle que dans les cas où cette dernière présenterait sur la matière visée par eux un système complet de législation. « Cette disposition, » disait l'orateur du gouvernement, « était d'absolue nécessité. Elle maintient des « dispositions pénales sans lesquelles quelques lois, « des Codes entiers, des règlements généraux d'une « utilité reconnue, resteraient sans exécution. » Cette opinion de la doctrine est du reste consacrée par un avis du Conseil d'état du 8 février 1812. « L'article « 484, » dit cet avis, « en ne chargeant les Cours et « Tribunaux de continuer d'observer les lois et règlements particuliers non renouvelés par le Code, que « dans les matières qui n'ont pas été réglées par le « Code même, fait clairement entendre que l'on doit « tenir pour abrogées toutes les anciennes lois, tous « les anciens règlements, qui portent sur des matières « que le Code a réglées, quand même ces lois ou règlements prévoiraient des cas qui se rattachent à ces « matières, mais sur lesquels le Code est resté muet; « qu'à la vérité, on ne peut pas regarder comme réglées par le Code pénal, dans le sens attaché à ce « mot « réglées » par l'article 484, les matières relativement auxquelles le Code ne renferme que quelques dispositions éparses, détachées, et ne formant « pas un système complet de législation » (1). Cette

(1) V. cet avis dans LOCRÉ, t. XXXI, p. 295.

interprétation est celle de la Cour de cassation. Je cite dans une matière voisine de la nôtre un arrêt du 3 octobre 1823 (1) déclarant en vigueur les dispositions de l'arrêt de règlement du Parlement de Bretagne, du 29 juillet 1786, relatif aux désordres commis dans les maisons de prostitution. Je n'insiste pas davantage sur cette théorie de l'article 484, admise, d'une façon certaine, par la jurisprudence, et j'arrive à son application aux hypothèses spéciales que j'ai à examiner : mesures à prendre au regard des propriétaires qui louent aux filles soumises ; - obligation pour les simples particuliers louant des chambres garnies de tenir un registre où soient exactement mentionnés les noms, prénoms et professions de leurs locataires.

94. — Sur la première question, la Cour de cassation soutient la validité de l'ordonnance du Lieutenant de police du 6 novembre 1778 (2). Dans ses articles 2, 3 et 4, elle interdit expressément à tous propriétaires et locataires principaux de louer à des femmes de débauche (3). Cette ordonnance est, d'après la Cour, une

(1) *B. Cr.*, n° 438. — Cf., *Crim.*, *Cass.*, 28 avril 1832, *B. Cr.*, n° 149.

(2) V. cette ordonnance dans ISAMBERT, t. XXV, pp. 449 et suiv.

(3) Ces articles sont ainsi conçus : « Art. 2. — Défendons à tous propriétaires et principaux locataires des maisons de cette ville ou faubourgs d'y louer ni sous-louer les maisons dont ils sont propriétaires ou locataires qu'à des personnes de bonne vie et mœurs, et bien famées, et de souffrir en icelles aucun lieu de débauche, à peine de 500 livres d'amende.

« Art. 3. — Enjoignons auxdits propriétaires et locataires des maisons où il aura été introduit des femmes de débauche, de faire, dans les vingt-quatre heures, leur déclaration devant le commissaire du quartier, contre les particuliers et particulières qui les auront surpris, à l'effet par les commissaires de faire leurs rapports contre les délinquants qui seront condamnés en

de celles dont l'article 484 maintient de nos jours l'application; la matière de la prostitution n'a pas été réglée par le Code pénal, et s'il en fallait une preuve de plus, on la trouverait dans les paroles mêmes de l'orateur du gouvernement, qui énumérait parmi les règlements encore en vigueur ceux relatifs à la police des maisons de débauche, ce qui comprend d'une façon générale tout ce qui touche à la prostitution et à sa réglementation. Sans doute l'ordonnance de 1778 n'avait eu qu'une existence éphémère, comme presque toutes les décisions anciennes sur la prostitution, et le message du Directoire exécutif au Conseil des Cinq-Cents réclamait une loi générale, précisément parce que les mesures de répression étaient édictées par des ordonnances tombées en désuétude. Mais la Cour de cassation n'admet, pas plus pour les règlements que pour les lois, l'abrogation par désuétude. Un usage contraire à une réglementation intervenue dans un intérêt d'ordre public ne saurait prévaloir contre les dispositions prohibitives que ce règlement renferme (Crim., Cass., 23 juillet 1836 (1)); « on ne peut se prévaloir, » dit un arrêt du 27 février 1875 (2) pour « refuser d'obéir à des règlements de police de ce

400 livres d'amende et même poursuivis extraordinairement et leurs dites déclarations continueront d'être reçues par les commissaires, gratuitement et sans frais, comme pour fait de police, ainsi qu'il en a été usé pour le passé.

« Art. 4. — Défendons à toutes personnes de quelque état et condition qu'elles soient, de sous-louer par jour, huitaine, quinzaine, un mois ou autrement, des chambres et lieux garnis à des femmes ou filles de débauche, ni de s'entremettre directement ou indirectement auxdites locations, sous la même peine de 400 livres d'amende. »

(1) *B. Cr.*, n° 241.

(2) *B. Cr.*, n° 76.

« qu'ils seraient tombés en désuétude ou dans l'oubli ;
« la désuétude ne peut jamais résulter soit de la négligence, soit de l'impuissance d'agir de l'autorité, « soit de la désobéissance des assujettis. » (1) L'ordonnance de 1778 existait donc, en droit, au jour de la Révolution, et l'administration aurait eu le droit, si elle l'avait voulu, ou plutôt si elle l'avait pu, de la faire exécuter. Or la loi des 16-24 août 1790 a maintenu tous les règlements ayant force de loi, et toutes les lois d'organisation municipale depuis 1791 jusqu'en 1884 ont donné à l'autorité municipale le droit de rappeler les anciens règlements et d'en prescrire l'observation. Ce droit appartient à Paris au Préfet de police et les ordonnances de 1806, 1818, 1832, 1843, où il édictait à nouveau les défenses de 1778, n'étaient donc pas entachées d'excès de pouvoirs. L'ordonnance de 1778 émanait du Lieutenant de police, elle s'appliquait à la ville et aux faubourgs de Paris ; elle est restée souvent lettre morte, mais le Préfet de police peut, quand les circonstances l'exigent, quand la prostitution s'étale effrontément aux yeux du public, dans les localités soumises à son administration, rappeler les dispositions de 1778, prendre des mesures énergiques de répression, et dénier d'une façon absolue aux propriétaires le droit de donner à bail un appartement garni à une fille inscrite. La question a toujours été résolue ainsi par la Cour de cassation (19 mars 1875 sur pourvoi formé dans l'intérêt de la loi) (2) ; et également

(1) Cf., Crim., Cass., 8 janvier 1864, *B. Cr.*, n° 8 ; 17 janvier 1868, *B. Cr.*, n° 18 ; 31 janvier 1873, *B. Cr.*, n° 31 ; 5 juillet 1873, *B. Cr.*, n° 185.

(2) *SIR.*, 75, 1, 237.

17 août 1882) (1). Le dernier arrêt, du 11 juillet 1884 (2), rendu conformément aux conclusions de M. le Procureur général Barbier, résume d'une manière très exacte la théorie de la Cour et les arguments qui l'établissent : « Attendu, » dit-il, « que l'ordonnance de « 1778 n'a été abrogée par aucun texte légal ; qu'elle « se trouve au contraire maintenue par la disposition « générale de l'article 484 du Code pénal ; attendu « d'autre part que l'abrogation d'un règlement, inter- « venu dans un intérêt public, ne peut résulter ni de « son défaut d'exécution pendant un temps plus ou « moins long, ni de la tolérance plus ou moins pro- « longée d'un usage dérogatoire à ses prescriptions « ou à ses prohibitions, que l'ordonnance de 1778 n'a « donc pu être abrogée par une prétendue désuétude ; « que du reste, en fait, elle a été fréquemment rappelée « dans les ordonnances du Préfet de police et n'a pas « cessé d'être appliquée. »

95. — Reste le deuxième point : Peut-on imposer à des propriétaires, louant en garni, sans être des logeurs de profession, la tenue d'un registre ? La Cour de cassation, qui soutient, d'une façon très ferme, la négative en ce qui concerne les départements, en se fondant sur les termes de l'article 475 n° 2 du Code pénal, a adopté l'affirmative, en ce qui concerne Paris, dans un arrêt du 17 décembre 1852 (3). Une ordonnance du Préfet de police du 15 juin 1832 avait astreint toutes personnes qui loueraient en garni à tenir deux registres sur lesquels seraient inscrits les noms des personnes logées, et dont l'un serait communiqué à

(1) *B. Cr.*, n° 208.

(2) *D. P.*, 85, 1, 333.

(3) *D. P.*, 53, 1, 53.

l'autorité municipale. La question posée à la Cour de cassation était de savoir si cette ordonnance qui imposait à tous locateurs en garni sans distinction des obligations auxquelles sont seulement tenus, en vertu de la loi pénale, les logeurs de profession, n'était pas entachée d'illégalité. S'il s'était agi de l'arrêté d'un maire, le doute n'eût pas été possible ; l'autorité municipale aurait excédé les limites du pouvoir réglementaire qui lui est attribué par la loi, en étendant ainsi arbitrairement le domaine de l'article 475 n° 2, du Code pénal. Mais il y avait, dans le sens de l'application générale de cet article, pour la ville de Paris, une série de dispositions anciennes.

96. — Un règlement du Parlement de Paris du 15 février 1634 portait en son article 5 : « Seront tenus
« tous hôtes, tant locataires principaux que proprié-
« res, résidant en leurs maisons, de porter aux com-
« missaires de quartier, deux fois la semaine, leur
« livre contenant les noms de ceux qu'ils retireront dans
« leurs maisons ». L'ordonnance du Lieutenant général de police du 30 mars 1635 contenait les mêmes prescriptions (1), et on les trouve encore dans un arrêt du Conseil du 22 décembre 1708, renouvelé par un édit de mars 1740. Le 8 novembre 1780, le Lieutenant général de police rappelle par une ordonnance à
« tous particuliers, quels qu'ils soient, qui donneront
« à loger en maisons ou chambres garnies, qu'ils se-
« ront tenus d'avoir deux registres » (2).

97. — A l'époque de la Révolution, il était donc

(1) V. cette ordonnance dans Isambert, t. XVI, pp. 424 et suiv.

(2) Art. 5, ISAMBERT, t. XXVI, p. 393.

hors de doute, à Paris, que les propriétaires, même non logeurs de profession, qui louaient en garni, étaient assujettis à la tenue d'un registre. L'ordonnance de police du 18 janvier 1790 renouvelle les obligations imposées par toutes les précédentes, elle exige « en attendant que l'Assemblée nationale ait « prononcé sur celles des lois générales qui doivent « servir de base à la police des villes » que tous particuliers, de quelque qualité qu'ils soient, louant en garni, possèdent deux registres, et elle règle les époques où ils doivent les représenter soit au commissaire du quartier, soit au comité du district de l'arrondissement. Il pouvait y avoir doute sur le point de savoir si les articles 5 et 6 de la loi des 18-22 juillet 1791, qui ne visaient que les personnes exerçant la profession publique d'aubergistes, maîtres d'hôtels garnis et logeurs, avaient pour effet de soustraire les habitants de Paris à l'autorité des anciens règlements. La Cour de cassation ne l'a pas pensé, prétendant « qu'une loi générale qui n'abroge pas formellement une loi spéciale sur la même matière, a, de plein droit, pour complément nécessaire les dispositions de cette loi ancienne, qui ne sont pas absolument inconciliables avec elles et qui ne font que concourir au même but d'utilité publique », et ce raisonnement en lui-même me paraît exact, mais, en présence de l'article 484 du Code pénal, pouvait-on admettre la validité des ordonnances antérieures à 1791 et décider que le Préfet de police pouvait, légalement, rappeler en 1832 les habitants des localités, placées dans le ressort de la Préfecture, à leur observation ?

98. -- La Cour de cassation en adoptant l'affirmative, a fait application à cette hypothèse de sa théorie

sur l'interprétation de l'article 484. Le Code, dit en substance l'arrêt de 1852, ne s'occupe exclusivement que des aubergistes, hôteliers et logeurs en titre ; il ne contient rien relativement aux autres personnes, il n'y a donc pas, dans l'article 475 n° 2, un système complet de législation sur les divers modes de logement en garni en usage à Paris. Les rédacteurs, ajoute-t-on, s'ils avaient voulu affranchir les particuliers des formalités de l'article 475, auraient abrogé expressément les dispositions qui, jusqu'alors, régissaient tout le monde. Les ordonnances de 1780 et de 1790 sont donc encore en vigueur, et l'ordonnance de 1832 était rendue légalement, dans les limites des pouvoirs conférés par la loi au Préfet de police.

99. — D'après la Cour de cassation, les mesures réglementaires de 1778 et de 1780 subsistent aujourd'hui encore dans leur intégrité, et la Préfecture de police a le droit, d'après elle, d'interdire, même aux particuliers, toute location de chambres garnies au profit de filles de débauche, et elle a un moyen pratique d'assurer l'exécution de cette prohibition, puisque tous ceux qui logent en garni, même non logeurs de profession, sont astreints à la tenue d'un registre, vérifié à époques fixes par la police.

100. — Il y avait encore une question, fort délicate, à élucider au sujet de ces ordonnances : celle de 1778 et celle de 1780 punissaient les infractions à leurs dispositions d'amendes qui sembleraient rentrer aujourd'hui dans la catégorie des peines correctionnelles. Fallait-il, puisque les mesures réglementaires étaient maintenues, déclarer encore applicables les peines anciennes ou considérer comme abrogés les articles qui les prononçaient ? fallait-il, en d'autres termes,

prendre chacune de ces ordonnances comme un tout indivisible, ou au contraire séparer les dispositions réglementaires des dispositions pénales, les premières ne subsistant que sous la sanction nouvelle de l'article 471 n° 15 du Code pénal ? La question était doublement intéressante, puisque la peine était, suivant la solution adoptée, correctionnelle ou de police, et que, par conséquent, l'infraction était soit un délit de la compétence du tribunal correctionnel, soit une contravention de la compétence du tribunal de simple police.

101. — La jurisprudence fut longtemps hésitante : La Cour de cassation admettait volontiers l'abrogation des dispositions pénales (Crim., 19 janvier 1837 (1), Crim., 17 décembre 1841 (2), et sur le point particulier qui nous occupe, tous les arrêts déjà cités, notamment celui du 17 décembre 1852) (3). Mais le tribunal de la Seine et la Cour de Paris considéraient comme subsistantes les peines anciennes et voyaient dans le fait poursuivi un délit correctionnel. La Cour de Paris rendit en ce sens deux arrêts, le 18 février 1846 (4) et le 15 novembre 1865 (5). Lorsque la question se posa de nouveau en 1866, le tribunal de la Seine, par un jugement du 2 février, rejeta l'exception d'incompétence opposée par le prévenu, qui prétendait n'avoir commis qu'une simple contravention. La Cour de Paris, saisie par appel du prévenu, confirma le jugement du tribunal, par arrêt du 21 avril 1866. L'affaire fut portée

(1) *B. cr.*, n° 22.

(2) *B. cr.*, n° 360.

(3) *D. P.*, 53, 1, 53.

(4) *D. P.*, 46, 4, 33.

(5) *D. P.*, 66, 2, 36.

devant la Cour de cassation, qui maintint sa doctrine antérieure (arrêt du 1^{er} décembre 1866) (1) et décida, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Bédarrides, qu'il s'agissait d'une contravention de police. La Cour d'Orléans se rangea, le 28 janvier 1867 (2), à la doctrine de la Cour de cassation ; il semble donc bien aujourd'hui que la jurisprudence soit définitivement fixée : l'arrêt du 19 mars 1875 a consacré une fois de plus la séparation absolue des dispositions réglementaires et des dispositions pénales, et l'arrêt du 11 juillet 1884 ne discute même plus la question, et affirme comme vérité incontestée l'application des articles 471 n° 15, et 474 du Code pénal : « Attendu », dit-il, « qu'aux termes des articles 1, 2, « 3, 5 du titre II de la loi des 16-24 août 1790, 471, « n° 15, et 474 du Code pénal, les règlements de police, « statuant sur des matières confiées par la loi de « 1790 à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux, antérieurs à cette loi, ont aujourd'hui pour « sanction, non plus les peines qui y étaient édictées, « mais celles de simple police ». Cette solution me semble du reste s'imposer : puisque l'article 484 a, en quelque sorte, tout au moins dans la théorie de la Cour suprême, incorporé tacitement dans le Code pénal certains règlements anciens, le Code n'a pu les faire siens que sous la sanction qu'il admettait, c'est-à-dire celle des articles 471 n° 15, et 474 du Code pénal. La violation d'un règlement est une contravention, et les peines infligées par la loi pour les contraventions sont celles de l'article 464. La séparation éta-

(1) *B. cr.*, n° 252.

(2) *D. P.*, 67, 2, 205.

blie entre les deux sortes de dispositions des ordonnances n'a donc rien que de très juridique, et pour ceux qui admettent la validité des mesures réglementaires, la solution de la Cour de cassation me paraît la seule possible.

102. -- J'adopte, sans aucune hésitation, l'interprétation de la Cour de cassation sur l'article 484 du Code pénal, et je crois avec elle, avec les auteurs, avec l'avis du Conseil d'Etat de 1812, que les anciens règlements sont encore en vigueur, lorsqu'ils ont trait à des matières au sujet desquelles le Code pénal ne renferme pas un système complet de législation. Mais cette théorie même me permet de réfuter la doctrine de l'arrêt de 1852, et de considérer comme abrogées toutes les anciennes ordonnances de police rendues à Paris pour imposer aux propriétaires, même non logeurs de profession, la tenue d'un registre.

103. — La Cour de cassation soutient, dans une argumentation quelque peu subtile, que le Code pénal, ne s'étant occupé exclusivement que des « aubergistes, « hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies », et ne contenant aucune disposition relative aux propriétaires ou locataires non logeurs de profession, ne présente pas un système complet de législation sur « les divers modes de logement en garni, en usage à Paris ». Les rédacteurs auraient dû, d'après elle, s'ils voulaient établir une distinction, abroger expressément les ordonnances.

Il y a là, à mon sens, une application contestable d'un principe très exact. L'article 475 n° 2, énumère les hypothèses dans lesquelles les loueurs en garni sont astreints à la tenue de registres, il renferme sur ce point un système complet de législation. Sans doute,

il ne vise pas « tous les divers modes de logement en usage à Paris », mais de ce qu'il ne prend les mesures qu'il édicte qu'au regard de certaines personnes, il suit qu'elles sont étrangères à toutes autres. La Cour de cassation me paraît, à cet égard, s'être fait une idée un peu étroite de ce qu'on doit entendre par « système complet de législation ». Les rédacteurs ont examiné, en discutant l'article 475 n° 2, la question dans son ensemble, ils l'ont réglée souverainement, de la manière qui leur a semblé utile. Au lieu d'interpréter leur silence au sujet des propriétaires ou locataires, non logeurs de profession, dans le sens du maintien des ordonnances, je vois au contraire dans cette abstention volontaire à leur égard l'abrogation de toutes les mesures qui pouvaient autrefois les concerner. Je me sépare donc complètement de la théorie admise par l'arrêt de 1852, et j'estime que l'ordonnance de 1832 rappelant des dispositions tacitement abrogées par l'article 475 n° 2, était, comme le serait, du reste, toute ordonnance semblable, aussi illégale que l'arrêt d'un maire qui imposerait, de sa propre autorité, les obligations de l'article 475 n° 2, à des personnes que ce texte ne mentionne pas.

104. — Mais il est certain, d'autre part, que l'article 484, sainement interprété, permet de considérer comme encore en vigueur aujourd'hui l'ordonnance du 6 novembre 1778 : il n'y a, en effet, aucune section du Code pénal consacrée à la prostitution, et ce n'est pas à ce point de vue que je me placerai pour réfuter la théorie de la Cour suprême sur le maintien de cette ordonnance.

105. — Les jugements des tribunaux de simple police qui étaient déférés à la Cour de cassation, notam-

ment celui du 29 mars 1884 (1) se fondent sur deux considérations principales : L'ordonnance de 1778, disent-ils, est abrogée par désuétude, et en tous les cas ses dispositions sont inapplicables, inconciliables qu'elles sont avec l'esprit de la législation moderne.

106. — La Cour de cassation a répondu victorieusement au premier argument. La loi, chez nous, contrairement à ce qui se passait en droit romain, ne peut pas être abrogée par désuétude. Le législateur seul peut défaire ce qu'il a fait ; il faut pour qu'il y ait loi, que les formes imposées par la Constitution aient été respectées, mais, la loi une fois faite, promulguée et publiée, ne peut être abrogée que par une loi. C'est l'opinion généralement admise, et le jugement de 1884 ne la conteste pas ; ce qu'il prétend, c'est que cette théorie ne saurait s'appliquer aux règlements de police. J'avoue ne pas comprendre cette distinction : le pouvoir réglementaire n'est reconnu que dans certaines limites fixées par la loi, l'autorité administrative ne peut prendre des arrêtés qu'en se conformant aux règles légales et en observant les formes prescrites. L'usage ne peut pas fonder un règlement, l'usage ne peut donc pas l'abroger. S'il n'y avait que cette première considération à faire valoir, je me rangerais à l'avis de la Cour de cassation ; puisque la désuétude n'abroge pas un règlement, et que l'ordonnance de 1778 ne peut pas, de ce fait, être considérée comme inapplicable, les préfets de police auraient le droit de rappeler à leurs administrés les défenses qu'elle renfer-

(1) Jugement du tribunal de simple police de Paris, rendu sous la présidence de M. Carré, juge de paix du 1^{er} arrondissement. — Ce jugement est rapporté en entier dans Fiaux, pp 883 et suiv.

mait ; en pratique, ils l'ont fait à plusieurs reprises, et à n'examiner que ce premier argument, il apparaît qu'ils agissaient dans la plénitude de leurs droits, et la Cour de cassation aurait donné une solution conforme aux véritables principes juridiques.

107. — Mais à côté de cette abrogation par désuétude, il y a l'abrogation implicite, par la contrariété des dispositions anciennes, soit avec les termes (c'est ce qui a lieu pour les ordonnances relatives aux logeurs), soit avec l'esprit de la loi moderne : c'est le cas de l'ordonnance de 1778.

L'article 1^{er} de cette ordonnance défendait « aux femmes et filles de débauche de raccrocher dans les rues et promenades publiques » ; les coupables étaient rasées, enfermées à l'hôpital, et même punies corporellement. A cette époque, il n'y avait pas deux classes de prostituées, les tolérées et les clandestines ; toutes, sans distinction, étaient visées par l'article 1^{er}, la prostitution, en elle-même, était une infraction. Or les articles 2, 3 et 4 de l'ordonnance reposaient évidemment sur le même principe que l'article 1^{er} en interdisant aux propriétaires et locataires de loger des femmes de mauvaise vie sous peine d'une amende de cinq cents livres, on considérait qu'il y avait, dans cette location, une sorte de complicité du délit de prostitution : les dispositions de l'ordonnance formaient donc un tout complet, les articles 2, 3 et 4 n'étaient que des conséquences de l'article 1^{er}, ils étaient tous des applications de l'idée que l'on se faisait alors de la prostitution. Aujourd'hui, l'article 1^{er} est certainement abrogé, tout le monde l'admet ; M. le Procureur général Barbier le reconnaissait, sans difficultés, dans les conclusions présentées par lui à la Cour de

cassation sur l'affaire du 11 juillet 1884. Les prostituées sont tolérées, la prostitution, en elle-même, n'est plus un délit. Comment soutenir alors que leur base même étant supprimée, les articles 2, 3 et 4 de l'ordonnance subsistent encore et que des propriétaires ou locataires soient punis comme complices d'un délit qui n'existe plus?

Ce raisonnement me paraît irréfutable. M. le Procureur général a essayé d'y répondre dans ses conclusions. Le juge de police, dit-il, a eu le tort de confondre ici dans une même abrogation les prohibitions et les pénalités de l'ordonnance de 1778. Les pénalités sont remplacées par celles des articles 471 n° 15, et 474 du Code pénal. Sur ce point j'ai admis sans réserves la théorie de la Cour de cassation, mais je ne saurais croire avec elle que les dispositions réglementaires de 1778 sont encore en vigueur. L'intérêt des propriétaires doit fléchir, dit-on, devant les bonnes mœurs et l'ordre public. La propriété, disait la loi romaine, est le « *jus utendi, fruendi, abutendi, quatenus juris ratio palitur* », et le Code civil déclare à l'article 544 : « La propriété « est le droit de jouir et de disposer des choses de la « manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas « un usage prohibé par les lois et par les règlements », or le règlement de 1778 défend aux propriétaires toute location au profit d'une femme de débauche. Mais la question n'est pas élucidée, il reste toujours à prouver la validité de l'ordonnance de 1778, et je crois que la démonstration n'est pas faite. Ses dispositions ne se comprennent que sous un régime de prohibition de la prostitution ; elle est un anachronisme sous un régime de tolérance. Au surplus, les prohibitions étaient applicables à toutes les femmes de débauche ; aux-

quelles les appliquera-t-on aujourd'hui? Sera-ce aux prostituées clandestines? Mais l'administration n'a qu'un droit à leur égard, les surveiller et ordonner leur inscription. Sera-ce aux prostituées inscrites? L'administration ne les tolère que sous certaines conditions, elle jouit d'un certain arbitraire dans le choix des mesures à prendre au nom de la morale et de la tranquillité publiques, mais ce n'est qu'au cas d'absolue nécessité que les intérêts particuliers et les droits individuels doivent céder devant l'intérêt général, et dans la limite où cet intérêt est engagé. Or j'ai démontré, je crois, que la simple déclaration à la police était suffisante pour permettre à l'administration d'exercer d'une manière efficace la surveillance dont la loi l'a chargée; l'arrêté municipal qui renferme une prohibition absolue de louer est entaché d'illégalité pour excès de pouvoirs, il en est de même des ordonnances du Préfet de police qui ont rappelé les dispositions des articles 2, 3 et 4 de l'ordonnance de 1778. En résumé, je pense, contrairement à la Cour de cassation, avec la doctrine des tribunaux de simple police, que l'article 1^{er} étant, de l'aveu de tous, abrogé, les articles suivants doivent l'être aussi : les conséquences d'un principe ne peuvent subsister quand le principe même a disparu.

108. — Le Préfet de police qui prescrit la tenue d'un registre à des propriétaires non logeurs de profession ou qui défend aux propriétaires toute location au profit de filles publiques, commet donc un excès de pouvoirs, et il ne saurait justifier ses ordonnances en invoquant la validité de dispositions anciennes de 1780 ou de 1778, qui sont aujourd'hui, toutes deux, pour des motifs différents, il est vrai, mais, à

mon sens, juridiquement exacts, implicitement abrogées.

109. — Je passe rapidement sur la radiation et la réinscription des filles soumises; ces mesures sont évidemment légales, comme l'inscription elle-même. L'administration doit employer tous les moyens possibles pour favoriser le retour des prostituées à la vie régulière; lorsque la fille inscrite veut renoncer à la débauche, l'autorité municipale, gardienne de l'ordre et de la morale publique, ne doit pas la maintenir sur les registres de la prostitution. Mais il est indispensable, en présence des habitudes des filles soumises, de leurs déclarations mensongères, de prendre toutes les précautions nécessaires pour ne pas considérer comme sérieuses des demandes de radiation qui n'auraient qu'un but : soustraire celles qui les font aux règlements et aux obligations qu'ils imposent. Aussi, la radiation n'a-t-elle lieu que sur demande écrite, adressée à la municipalité, et, sauf le cas de mariage, où elle est de droit et se fait immédiatement, dans tous les autres cas : moyens d'existence autres que la prostitution dûment prouvés, cessation de la prostitution, rentrée dans la famille, vieillesse, infirmités, la radiation définitive ne doit avoir lieu que quelque temps après la demande. Pendant ce délai, les effets de l'inscription doivent être suspendus, et la police est chargée d'exercer une surveillance étroite, mais discrète, sur les agissements de l'ancienne fille soumise. Les demandes elles-mêmes ne doivent être accueillies qu'avec la plus grande circonspection : il faut que l'exactitude des assertions qu'elles contiennent soit scrupuleusement vérifiée. Si l'on admet, comme je l'ai fait, qu'on ne doit inscrire une femme sur le registre de la pros-

titution qu'après une enquête minutieuse, il est naturel d'exiger aussi une contre-enquête minutieuse, avant de prendre l'arrêté de radiation. Mais il est curieux de remarquer, sur ce point, le défaut de logique de l'autorité administrative, qui prend si facilement la mesure de l'inscription, et n'admet la radiation qu'avec la plus extrême réserve. J'ajoute enfin que la réinscription des filles rayées doit être soumise aux mêmes conditions et aux mêmes formalités que l'inscription première.

110. — Telles sont les principales mesures prises au regard des prostituées tolérées, et les obligations qui peuvent, légalement, leur être imposées par les arrêtés municipaux sur la prostitution. Ces arrêtés sont généraux et portent règlement permanent, ils ne sont obligatoires qu'à deux conditions : ils doivent avoir été portés à la connaissance des intéressés par voie de publications et d'affiches (art. 96, § 1^{er}, loi du 5 avril 1884) et leur exécution est (art. 95) suspendue pendant un mois, à compter du jour de la remise de l'ampliation faite au sous-préfet ou au préfet. Ce délai est accordé au préfet pour examiner la légalité ou l'opportunité du règlement élaboré par l'autorité municipale. Le maire n'exerce en effet le pouvoir que la loi lui a confié, que sous la surveillance de l'administration supérieure, et c'est pour cette raison que l'on reconnaît au préfet, sinon le droit d'annuler telle ou telle disposition particulière de l'arrêté, ce qui tendrait à substituer sa décision à celle du maire, et à violer l'article 94 de la loi de 1884, mais le droit d'annuler ou de suspendre l'arrêté tout entier. C'est en ce sens que se prononçait la circulaire ministérielle du 1^{er} juin 1840. D'ailleurs, comme les arrêtés municipaux puisent leur force en

eux-mêmes, le préfet n'est pas en principe obligé de les revêtir de son visa ou de leur donner son approbation, mais souvent, ajoutait la même circulaire, « l'approbation du préfet peut donner plus de force morale aux arrêtés du maire, en témoignant de l'adhésion et du concours de l'autorité supérieure, et comme aucune disposition de loi ne s'oppose à ce que les préfets donnent une telle approbation, si elle leur est demandée, je ne vois pas d'empêchement à ce qu'ils l'accordent, lorsque l'intérêt public paraît l'exiger » (1).

111. — Les particuliers qui prétendent leurs droits lésés par l'arrêté, peuvent, ici comme dans le cas d'un arrêté individuel, s'adresser au préfet pour en demander l'annulation, et si le préfet ne leur donne pas satisfaction, comme il n'agit, lui-même, qu'en qualité d'agent de l'administration supérieure, et que celle-ci conserve un droit de contrôle sur ses décisions, ils pourront saisir le ministre.

112. — Mais y a-t-il, à côté de ces recours hiérarchiques, un recours *omisso medio* pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'état? J'ai déjà parlé de ce recours au sujet des arrêtés individuels, c'est ici le lieu d'examiner un peu plus longuement la question, sans pourtant aborder toutes les controverses fort délicates qui se présentent à cet égard. L'article 9 de la loi du 24 mai 1872 donne au Conseil d'état le droit de statuer souverainement sur les demandes en annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives : l'acte attaqué doit donc d'abord être un acte d'administration, c'est-

(1) Cf. MORGAND, *La Loi municipale*, t. II, p. 31.

à-dire émaner d'une des autorités comprises dans la hiérarchie administrative(1), et le règlement est dans ce cas; en second lieu, c'est une règle depuis longtemps consacrée par la jurisprudence, le réclamant doit avoir un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'acte, et il suffit pour cela que l'auteur du recours soit atteint par cet acte (2); un règlement de police peut donc être attaqué par tous ceux auxquels il impose des obligations.

Mais qu'est-ce que l'excès de pouvoirs? La première jurisprudence du Conseil d'état était conforme à celle de la Cour de cassation : jusqu'en 1830, l'excès de pouvoirs ne comprenait que l'atteinte à la séparation des pouvoirs, l'empiètement d'une autorité ou d'une juridiction sur une autre, la violation des formes substantielles, mais non la violation ou la fausse application de la loi. Mais, tandis que cette idée est demeurée stationnaire, en matière judiciaire, le Conseil d'état l'a élargie et étendue à toutes les illégalités qui peuvent vicier les actes de l'administration. Je n'ai pas à examiner ici comment s'est opérée cette transformation de l'idée d'excès de pouvoirs, mais il est certain aujourd'hui que les particuliers peuvent demander au Conseil d'état l'annulation d'actes administratifs pour atteinte à leurs droits individuels, ou violation de la loi (3).

113. — Mais une objection très grave se présente à la recevabilité du recours pour excès de pouvoirs

(1) LAFERRIÈRE, t. II, p. 390.

(2) LAFERRIÈRE, t. II, pp. 405 et suiv.

(3) Cf. sur l'origine et les développements de la jurisprudence en cette matière : LAFERRIÈRE, t. II, pp. 376 et suiv.

formé contre l'arrêté municipal. C'est l'existence d'un recours parallèle (1). Le Conseil d'état n'admet pas, en effet, la réclamation de la partie qui se prétend lésée, quand elle peut obtenir satisfaction par un recours formé devant un autre tribunal soit administratif, soit judiciaire, non pas surtout que le recours pour excès de pouvoirs soit subsidiaire et ne puisse être intenté qu'après toute autre voie de droit, mais plutôt parce qu'il est nécessaire de respecter la compétence de chaque juridiction. Si le recours pour excès de pouvoirs était recevable même au cas d'existence d'un recours parallèle, le Conseil d'état, juge des excès de pouvoirs, évoquerait en quelque sorte devant lui toutes les questions de légalité des actes administratifs, et ce serait un arrêt du Conseil qui remplacerait les décisions administratives de premier ressort et les décisions judiciaires. Or, dans l'hypothèse, la personne lésée a un recours devant les tribunaux de droit commun. Sans doute, c'est l'idée que j'ai adoptée, contrairement à l'arrêt d'Agen de 1873, elle n'a pas une action pour faire annuler la disposition qu'elle prétend illégale, mais elle peut violer cette disposition, commettre une contravention, et ce sera par voie d'exception, comme moyen de défense opposé aux poursuites répressives exercées contre elle, qu'elle invoquera l'illégalité du règlement. Peut-on voir dans cette exception un recours parallèle qui rendrait non recevable le recours pour excès de pouvoirs formé devant le Conseil d'état? Théoriquement, il est difficile de l'admettre; il serait vraiment peu juridique, et en tous les cas,

(1) La théorie du recours parallèle est exposée très complètement dans l'ouvrage de LAFERRIÈRE, t. II, pp. 444 et suiv.

peu équitable, de considérer ce simple moyen de défense comme l'équivalent d'une action, d'obliger un individu à violer un règlement pour pouvoir en discuter la validité, de le réduire à la défensive devant le juge de répression, au lieu de lui permettre l'offensive devant le juge de l'excès de pouvoirs.

114. — La jurisprudence du Conseil d'Etat a varié sur ce point. Jusqu'en 1852, l'existence de la compétence judiciaire, que ce fût par voie d'action ou par voie d'exception, rendait non recevable le recours pour excès de pouvoirs. Ce principe subsista de 1852 à 1870, mais on permettait ce recours, quand il s'agissait d'un excès de pouvoirs flagrant, et M. Aucoc dans ses « Conférences » (1) entendait par là : « un acte empiétant sur les attributions d'une autre autorité, ou portant atteinte aux droits des citoyens, sans qu'on puisse le rattacher à l'exercice des pouvoirs attribués par le législateur à l'autorité dont il émane. » Le Conseil d'Etat y faisait surtout rentrer les hypothèses de détournement de pouvoirs, c'est-à-dire celles où une autorité édicte des prescriptions étrangères au but que le législateur s'était proposé en lui confiant le pouvoir réglementaire. Avec des formules aussi peu précises, on arrivait quelquefois à comprendre d'autres cas dans le domaine de l'exception. Mais cette jurisprudence avait eu l'avantage de rompre avec la théorie inflexible d'autrefois, et elle ouvrait la voie à une doctrine plus précise et plus favorable, celle qui, depuis 1872, consacre la recevabilité du recours contre le règlement administratif sanctionné par l'article 471 n° 15, du Code pénal (2). La partie lésée

(1) T. I^{er}, p. 404.

(2) En ce sens, LAFERRIÈRE, t. II, p. 454.

peut donc soumettre directement au Conseil d'état l'arrêté qu'elle prétend illégal, mais elle conserve le droit de discuter devant le tribunal répressif la validité de l'acte auquel on l'accuse d'avoir contrevenu. Chaque juridiction conserve sa pleine indépendance, quand elle statue dans les limites de sa compétence, et le Conseil d'état peut déclarer entaché d'excès de pouvoirs un règlement que la Cour de cassation aurait considéré comme légal et sanctionné par l'article 471 n° 15. Mais le principe de la séparation des pouvoirs serait violé, si le tribunal de droit commun infligeait une peine pour contravention à un arrêté annulé par le Conseil d'Etat au moment où la prétendue infraction aurait été commise. L'annulation prononcée par le Conseil d'état a mis l'acte à néant, il n'appartient pas à la Cour de cassation de le faire revivre. Elle ne peut pas plus déclarer valable un règlement annulé soit par le Conseil d'état, soit par l'administration supérieure, qu'un règlement rapporté par son auteur ; il y aurait dans ces décisions un empiètement évident de l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative, du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif.

115. — Les questions ne sont pas toujours aussi simples : il peut arriver notamment que l'annulation pour excès de pouvoirs soit prononcée par le Conseil d'état, postérieurement au fait incriminé, mais avant que la condamnation soit infligée par le tribunal répressif. Il semble que ce tribunal puisse apprécier souverainement la légalité de l'arrêté et, par suite, le déclarer valable, malgré la décision du Conseil d'état. La Cour de cassation a pourtant admis (1) que l'annu-

(1) *Crim., Cass.* ; 25 mars 1882, *B. cr.*, n° 87.

lation prononcée avant que la condamnation fût devenue définitive, avait pour conséquence d'enlever toute base légale à la poursuite et aux condamnations qui seraient intervenues. Le fait incriminé serait dans ce cas dépourvu de tout caractère de contravention. J'éprouvais de grandes hésitations à me ranger sur ce point à l'avis de la Cour de cassation ; les pourvois au Conseil d'état n'ont pas d'effet suspensif ; l'acte annulé existait au moment où la contravention s'est produite, au jour où le tribunal de droit commun a été saisi.

116. — On a soutenu, d'autre part, et inversement, l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoirs, intenté après condamnation ou même simple poursuite devant le tribunal de répression. Il y aurait, a-t-on dit, dans ce recours une sorte d'appel formé contre le jugement déjà rendu, ou tout au moins une tentative faite pour influencer sur sa décision. Ausurplus le recours pour excès de pouvoirs contre un règlement n'a été admis par la jurisprudence du Conseil d'état que pour éviter à celui qui en conteste la légalité l'obligation de le violer et de commettre une contravention, et, en l'hypothèse, la contravention est commise. Mais l'intérêt du recours subsiste pour rendre non punissables, d'après la théorie de la Cour de cassation tout au moins, les contraventions commises et poursuivies avant que le Conseil d'état ait annulé le règlement. En tous les cas, si la recevabilité était subordonnée à l'état de la procédure devant le tribunal de police, le Conseil d'état aurait à se livrer à des vérifications, à des constatations difficiles, incompatibles avec le principe de la séparation des pouvoirs (1). Je laisse donc

(1) Cf., LAFERRIÈRE, t. II, pp. 455 et suiv.

en résumé à chaque juridiction son indépendance complète, et si j'estime recevable le recours formé après poursuite et condamnation devant le tribunal répressif, je pense que le tribunal aurait le droit d'apprécier souverainement la validité d'un règlement et de reconnaître sa légalité, si l'annulation, prononcée par le Conseil d'Etat, n'était intervenue qu'après la contravention.

117. — C'est de la même manière que l'on pourra discuter la validité des deux dernières mesures prises par la plupart des arrêtés de police contre les prostituées inscrites : arrestation pour infraction aux règlements, condamnation par l'autorité administrative. Il n'est pas besoin d'insister longuement pour établir leur illégalité.

118. — En ce qui concerne l'arrestation, je n'ai qu'à rappeler brièvement les solutions que j'ai indiquées au début de cette étude. Nul ne peut, c'est le principe même de la liberté individuelle, être arrêté ni détenu que sur l'ordre du juge et avec les formalités requises par la loi ; les prostituées sont arrêtées et détenues préventivement sans ordre et sans formalités. L'infraction à tout règlement municipal, en particulier au règlement sur la prostitution, est punie par la loi d'une amende de un à cinq francs, or l'article 464 combiné avec l'article 466 classe cette peine dans la catégorie des peines de simple police, et l'article 1^{er}, § 1^{er}, du Code pénal porte : « L'infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention ». La fille inscrite qui ne se soumet pas aux obligations qui lui incombent, ou qui viole les défenses qui lui sont faites, commet donc une simple contravention, et en matière de contravention, la liberté est de droit. L'ar-

restation ne peut être opérée qu'en vertu d'un mandat délivré en principe par le juge d'instruction, la détention préalable ne peut résulter que d'un mandat de dépôt ou d'un mandat d'arrêt ; il n'y a que dans l'hypothèse de crime ou délit correctionnel flagrant que ces garanties de la liberté individuelle peuvent ne pas être respectées. Or le Code n'a donné à aucune autorité le droit de délivrer un mandat contre un individu prévenu de contravention, et la contravention flagrante n'est pas autrement traitée que la contravention non flagrante. Aucun doute ne peut donc s'élever sur ce premier point : l'arrestation et la détention préventive de la prostituée pour infraction au règlement municipal sont des mesures illégales au premier chef.

119. — Il ne me semble pas plus douteux que l'administration empiète sur les fonctions réservées au pouvoir judiciaire et aux tribunaux de droit commun, lorsqu'elle charge le bureau des mœurs ou le commissaire central de prononcer contre la prostituée reconnue coupable, une peine souvent supérieure à celles de l'article 464. Il y a ici double raison pour déclarer mal fondées les prétentions de l'autorité administrative.

120. — Le législateur de 1810 a dressé aux articles 6 à 11 inclus et à l'article 464 la liste et l'échelle des peines ; pour chaque catégorie d'infractions, il a énuméré celles qui lui paraissaient nécessaires et suffisantes pour réprimer la violation de la loi pénale. L'article 483 permet bien quelquefois au juge saisi d'une contravention, qui trouve dans les éléments de la cause des circonstances atténuantes, de descendre, pour l'application de la peine, au-dessous du minimum fixé par la loi, mais il n'est jamais autorisé à infliger une peine supérieure au maximum légal. Que le juge

ait un arbitraire, cela est désirable, utile, nécessaire, parce qu'il doit proportionner la gravité de la peine à la gravité du délit ; cet arbitraire, la loi le lui accorde, elle fixe un minimum et un maximum entre lesquels il a le droit de se mouvoir. Mais il ne pouvait être question, à moins de ressusciter les abus les plus monstrueux, à moins de considérer comme lettre morte notre Code pénal tout entier, puisqu'il repose sur la classification graduée des peines, à moins, en d'autres termes, d'investir les tribunaux du droit de refaire la loi pénale, de donner au juge répressif le dangereux pouvoir de fixer suivant sa seule conscience les peines méritées par chaque infraction. Le système du maximum et du minimum me paraît offrir tous les avantages de l'arbitraire, sans en présenter les inconvénients. En tous les cas, c'est celui de la loi pénale actuelle ; elle a repoussé le système de l'arbitraire absolu, mais elle n'a pas admis non plus le système des peines fixes, si cher aux publicistes et aux philosophes du XVIII^e siècle. Elle a voulu que la peine fût, si je puis ainsi dire, dosée d'avance suivant la gravité de la faute, mais elle a laissé au juge le pouvoir de proportionner d'une façon plus précise encore le châtimement au délit, en fixant seulement pour chaque infraction un minimum et un maximum de pénalité. Les contraventions de la première classe, celles de l'article 471, sont punies d'une amende de un à cinq francs, et, au cas de récidive, l'article 474 y ajoute un emprisonnement de trois jours au plus. Le juge, saisi de la contravention de l'article 471 n^o 15, qui dépasse cette limite, viole la loi pénale qu'il est chargé d'appliquer. C'est ce que fait tous les jours la Préfecture de police en infligeant aux filles inscrites contreve-

nantes une détention qui varie de quatre à quinze jours.

121. — Mais j'admets, par hypothèse, que l'autorité administrative se conforme strictement au Code pénal et ne prononce que les peines des articles 471 et 474. Il n'en reste pas moins vrai, et c'est la seconde raison que j'avais annoncée, qu'elle viole les principes les plus certains de l'organisation judiciaire et du Code d'instruction criminelle.

La loi des 16-24 août 1790 portait en l'article 1^{er} du titre XI : « Les corps municipaux veilleront et tiendront la main dans l'étendue de chaque municipalité à l'exécution des lois et des règlements de police, et connaîtront du contentieux auquel cette exécution pourra donner lieu », et l'article 2 ajoutait : « Le procureur de la commune poursuivra d'office les contraventions aux lois et aux règlements de police, et cependant chaque citoyen qui en ressentira un tort ou un danger personnel pourra intenter l'action en son nom ». Le corps municipal tout entier avait donc à cette époque une double attribution : l'une, administrative, droit de faire des règlements sur certaines matières déterminées, l'autre, judiciaire, connaître comme juridiction des contraventions à ces règlements. L'article 46 de la loi des 19-22 juillet 1791 ne faisait que restreindre dans une certaine mesure le pouvoir réglementaire, mais elle organisait en même temps le tribunal auquel les contraventions étaient déférées. « Le tribunal de police sera », dit l'article 42, « composé de trois membres que les officiers municipaux choisiront parmi eux, de cinq dans les villes où il y a soixante mille âmes ou davantage, de neuf à Paris ». Cette juridiction fut enlevée aux corps municipaux par la Constitution du

5 fructidor an III, art. 222 : « La connaissance des « délits, dont la peine n'excède pas soit la valeur de « trois journées de travail, soit un emprisonnement « de trois jours, est déléguée au juge de paix qui « prononce en dernier ressort ». Les articles 150 et 151 du Code de brumaire an IV organisaient les tribunaux de police, composés du juge de paix et de deux assesseurs ; la loi du 29 ventôse an IX supprima les assesseurs, et au moment de la confection du Code pénal, le pouvoir réglementaire et la connaissance judiciaire des contraventions se trouvaient complètement séparés et placés entre les mains de deux autorités distinctes. Le Code d'instruction criminelle avait adopté un système intermédiaire entre celui de l'Assemblée constituante et celui de l'an III. L'article 138 portait : « La connaissance des contraventions de « police est attribuée au juge de paix et au maire, « suivant les règles et distinctions qui seront ci-après « établies », et la contravention à un règlement de police était une de celles dont la connaissance était attribuée par l'art. 140 concurremment aux maires et aux juges de paix. Les inconvénients de cette juridiction des maires se firent bientôt sentir, et les réclamations nombreuses qui s'étaient fait jour eurent enfin gain de cause avec la loi du 27 janvier 1873. Il était dangereux en effet de confier aux maires des fonctions juridictionnelles en même temps que des fonctions administratives ; on ne pouvait leur accorder le droit de punir des contraventions à leurs propres arrêtés. Ce fut la principale raison de la réforme et l'article 138 nouveau attribue exclusivement au juge de paix « la connaissance des contraventions de police ». Aujourd'hui, par conséquent, la contravention de l'ar-

ticle 471 n° 15 doit être portée devant le juge de paix statuant comme juge de simple police.

Les autorités administratives ne sont plus des tribunaux aux termes de la loi nouvelle, elles ne peuvent pas prononcer une condamnation, et pourtant ce sont le bureau des mœurs à la Préfecture de police, le commissaire central dans nombre de villes importantes qui jugent les prostituées contrevenantes. Les principes les plus certains d'organisation judiciaire sont violés, les garanties prises par le Code pour sauvegarder la liberté des citoyens, pour assurer l'égalité de tous devant la loi sont mises à néant. L'illégalité de la pratique administrative me paraît évidente : les commissaires de police (art. 9, C. inst. crim.) le Préfet de police (art. 10, C. inst. crim.) sont officiers de police judiciaire, mais aucun texte ne leur donne, à eux pas plus qu'à aucun autre officier de police judiciaire, le droit d'arrestation pour une simple contravention ; le commissaire de police n'a aucun pouvoir en matière municipale ; l'arrêté du 12 messidor an VIII ne donne au Préfet de police que « le pouvoir de police attribué aux maires dans les départements », et le pouvoir de police des maires ne comprend plus, comme autrefois, le contentieux des contraventions aux règlements.

122. — Ces solutions n'ont guère été contestées en ce qui concerne les départements, mais la Préfecture de police, comprenant bien qu'elle ne pouvait invoquer en faveur de ses errements que la longue habitude du service des mœurs, et que le temps n'a jamais pu faire une loi d'un usage illégal, a essayé de donner une base juridique aux droits exorbitants qu'elle s'attribue.

123. — Parmi les arguments invoqués, il y en a deux qui pourraient s'appliquer aussi bien aux départe-

tements qu'aux localités comprises dans la circonscription administrative de la Préfecture de police, ils sont absolument généraux. La fille qui réclame son inscription fait, a-t-on dit, une sorte de contrat avec l'autorité municipale; elle se soumet aux obligations imposées par les règlements et elle reconnaît la compétence de la juridiction spéciale chargée de punir les contraventions qu'elle pourra commettre, elle admet la validité des peines que ce tribunal extraordinaire pourra prononcer, et qui sont la sanction même du contrat qu'elle passe. Deux mots suffisent pour renverser une pareille théorie, inapplicable, du reste, aux filles inscrites d'office par l'administration. Les lois pénales et les lois d'organisation judiciaire sont, au premier chef, des lois d'ordre public; le contrat dont on invoque l'existence déroge aux principes posés par ces lois, il est donc frappé d'inexistence par l'article 6 du Code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

124. — Une autre explication a été fournie en 1859 par M. Dupin, procureur général à la Cour de cassation : « La prostitution, » dit-il, « est un état qui soumet les créatures qui l'exercent au pouvoir discrétionnaire délégué par la loi à la police, état qui a ses conditions et ses règles comme tous les autres, comme l'état militaire, toutes réserves faites sur la comparaison. Appliquer aux filles publiques des règlements spéciaux ou des mesures de police auxquels les astreint leur genre de vie, ce n'est pas plus commettre un attentat à la liberté individuelle qu'on ne le fait dans l'armée lorsqu'on applique aux militaires les règles de discipline en vertu desquelles

« ils peuvent être privés discrétionnairement et sans
« formalités de leur liberté » ; et plus loin : « En
« d'autres termes, au-dessous des peines proprement
« dites, appliquées par les tribunaux de répression, il
« peut y avoir, dans la matière dont il s'agit, une
« série de mesures... qui ne constituent que des
« moyens de police » (1). L'arrestation, la détention
préventive, les peines infligées aux prostituées seraient
des mesures de discipline prises souverainement par
l'autorité municipale. Je comprendrais peut-être ce
raisonnement si l'article 471 n° 15 du Code pénal
n'existait pas, mais l'infraction aux règlements est
une contravention qui tombe sous le coup de la loi
pénale, qui doit être par conséquent punie des peines
édictées par cette loi, par les tribunaux qu'elle a
organisés. Les militaires peuvent être incarcérés en
vertu des lois, décrets et règlements organiques de
l'armée, parce qu'ils ont manqué à l'un des devoirs
que leur imposent leurs chefs hiérarchiques : c'est
une question de discipline intérieure ; mais les infrac-
tions véritables sont punies en vertu du Code pénal
et du Code de justice militaire, des peines fixées par
eux : c'est, en quelque sorte, une question de disci-
pline sociale. Or, en notre hypothèse, il s'agit bien
de mesures de police imposées par des règlements,
mais le législateur a décidé que leur violation était
une véritable infraction à la loi pénale : c'est donc la
loi pénale qu'il faut appliquer.

125. — Mais, en dehors de ces deux ordres de con-
sidérations générales, la Préfecture de police a invo-
qué en sa faveur un dernier argument. La Cour de
cassation, dit-elle, maintient la validité de l'ordon-

(1) Cf., FIAUX, pp. 247 et 248.

nance du lieutenant de police, de 1778 ; à cette époque, c'était le lieutenant de police lui-même qui avait la connaissance des infractions aux règlements qu'il avait faits ; le Préfet de police, successeur du lieutenant de police, doit avoir les mêmes attributions que lui.

J'admets, pour un instant, que la théorie de la Cour de cassation ait une portée aussi générale que celle qu'on lui donne ; je ne crois pas cependant qu'on puisse en faire sortir, comme une conséquence fatale, la juridiction du Préfet de police. Le lieutenant de police n'était pas un simple fonctionnaire administratif, la déclaration de 1713 lui avait attribué compétence exclusive vis-à-vis des femmes débauchées, et elle déterminait en même temps les règles de procédure à suivre. Mais le lieutenant de police avait disparu avec la Révolution ; les juridictions anciennes étaient abolies, la déclaration de 1713 était certainement abrogée comme contraire à l'esprit de la nouvelle législation et au nouvel ordre social ; l'arrêté consulaire du 12 messidor an VIII, qui détermine les fonctions du Préfet de police, loin de lui reconnaître les anciennes attributions du lieutenant de police, ne lui donne que le pouvoir réglementaire attribué aux municipalités ou aux maires par les lois de l'époque intermédiaire. Nulle part, il n'est question d'un droit de juridiction ; le Préfet n'est donc pas le successeur du lieutenant de police.

Mais je vais plus loin, et j'estime que la thèse de la Cour de cassation, que j'ai du reste combattue, n'est pas aussi générale qu'on le prétend. Ce que la Cour suprême considère comme encore en vigueur aujourd'hui, ce sont les dispositions réglementaires de cette ordonnance, elle déclare les pénalités qu'elle

renferme abrogées et remplacées par les peines des articles 471 n° 15, et 474; et puisque maintenir les peines anciennes serait, à son avis, méconnaître les règles fondamentales du droit pénal moderne, je crois que cette théorie ne peut pas conduire à admettre la juridiction du Préfet de police, car ce serait détruire les bases mêmes de l'organisation des tribunaux répressifs. M. le procureur général Barbier constatait lui-même que, si les dispositions réglementaires étaient contraires aux principes nouveaux, on ne pourrait pas en soutenir la validité; il admettait donc par là l'abrogation implicite pour cette cause de tout ce qui dans l'ordonnance n'était plus en rapport avec la législation actuelle. Au surplus, la seule lecture de l'article 484 du Code pénal suffirait à repousser les prétentions de la Préfecture de police. Les matières non réglées par le Code continuent d'être régies par les règlements particuliers qui les concernaient autrefois, mais ce sont les cours et tribunaux qui sont chargés de les appliquer, et le bureau des mœurs n'a jamais été compris par la loi dans la liste des tribunaux. On peut s'étonner, du reste, que la Préfecture ne revendique pas, alors que les mêmes raisons se présentent, un droit de juridiction au regard des propriétaires et locataires visés dans l'article 5 de l'ordonnance de 1778, et dans l'ordonnance de 1780. Les droits que s'attribue la Préfecture ne sont donc basés sur aucun texte de loi; les fonctions du Lieutenant de police n'ont pas été données au Préfet, et si le Préfet était, en tous points, son successeur, il faudrait faire revivre la déclaration de 1713, les peines de 1778, considérer, aujourd'hui encore, la prostitution comme un délit, et ressusciter, en quelque sorte, l'ancien

régime sur ce point particulier. Encore y avait-il dans l'ancien droit des règles protectrices de la liberté individuelle, celles de la déclaration de 1713; cette déclaration, tout le monde la considère comme abrogée, et les garanties qui existaient avant 1789, ne sont plus, aujourd'hui, qu'un souvenir.

CHAPITRE III

Moyens légaux d'assurer le respect de la liberté individuelle des prostituées

126. — Puisque la prostitution est tolérée, il faut bien que l'on impose aux femmes de débauche certaines obligations, qu'on leur fasse certaines défenses, mais on ne doit apporter ces restrictions aux droits individuels, à la liberté, droit primordial de chacun d'appliquer son activité comme il le veut, que dans la mesure où elles sont nécessaires au maintien du bon ordre et de la moralité. Si l'autorité municipale dépasse cette mesure, elle rend un arrêté entaché d'excès de pouvoir et j'ai indiqué le moyen de discuter sa validité et d'obtenir son annulation. Mais il y a certaines illégalités contre lesquelles on peut trouver un remède dans la loi pénale elle-même, ce sont l'arrestation et la condamnation par voie administrative, c'est-à-dire la violation de la liberté individuelle, au sens strict du mot, droit pour chacun de n'être arrêté ni détenu que dans les cas et suivant les formes prévus par la loi.

127. — Les mesures établies par le législateur tendent à trois buts : prévenir, faire cesser, punir les arrestations et détentions illégales.

I. — MESURES PRÉVENTIVES

128. — Elles sont mentionnées aux articles 607 à 612 du Code d'instruction criminelle. Les gardiens des maisons d'arrêt, des maisons de justice et des prisons établies pour peines sont tenus (art. 607) d'avoir un registre signé et paraphé à toutes les pages par le juge d'instruction pour les premières, par le Président de la Cour d'assises, ou en son absence, par le Président du Tribunal de première instance pour les secondes, et par le Préfet pour les prisons pour peines. Et l'article 608 ajoute : « Tout exécuteur de mandat d'arrêt, d'ordon-
« nance de prise de corps, d'arrêt ou de jugement de
« condamnation, est tenu, avant de remettre au gar-
« dien la personne qu'il conduira, de faire inscrire sur
« le registre l'acte dont il sera porteur. L'acte de re-
« mise sera écrit devant lui. Le tout sera signé tant
« par lui que par le gardien. Le gardien lui en remet-
« tra une copie signée de lui pour sa décharge, » Les articles 611 et 612 imposent à des magistrats et à des fonctionnaires qu'ils déterminent, l'obligation de visiter, à des époques variables, les maisons d'arrêt ou de justice et les prisons, et tentent d'assurer ainsi l'application des exigences légales.

Mais il fallait délimiter, d'une façon précise, les cas dans lesquels les gardiens seraient, après l'accomplissement de ces diverses formalités, tenus d'incarcérer les personnes qui leur sont amenées par l'officier de police judiciaire ou l'agent de la police administrative. C'est ce que fait l'article 609 : « Nul gardien ne
« pourra... recevoir ni détenir aucune personne qu'en
« vertu, soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat

« d'arrêt, décerné selon les formes prescrites par la
« loi, soit d'un arrêt de renvoi devant une Cour
« d'assises, d'un décret d'accusation ou d'un arrêt ou
« jugement de condamnation à une peine afflictive ou à
« un emprisonnement »(1). L'article 120 du Code pénal
ajoutait : l'ordre provisoire du gouvernement ; mais
l'abrogation de la Constitution de l'an VIII a entraîné,
je l'ai dit, la suppression de cette partie de l'article.
Le gardien qui détient une personne en dehors des cas
de l'article 609 se rend coupable de détention arbitraire.

129. — Les mesures ainsi prises par la loi me semblent se ramener à deux catégories bien distinctes :
1^o détermination des établissements où doivent être
subis la détention préventive et l'emprisonnement par
suite de condamnation ; 2^o instructions données aux
gardiens de ces établissements. Les maisons d'arrêt
et de justice, et j'ajoute, avec l'article 85 de la loi du
28 germinal an VI, les chambres de sûreté de la gen-
darmerie, sont destinées aux prévenus ou accusés ; la
peine d'emprisonnement, d'autre part (et je ne parle
ici que de l'emprisonnement d'un an et un jour et au
dessous, le seul dont il puisse être question en notre
matière), est subie dans les prisons départementales.

(1) Le Ministre de l'intérieur, dans une circulaire adressée aux
Préfets le 30 janvier 1894 (*Journal des Parquets*, 1894, p. 109),
rappelle les gardiens-chefs à l'observation de cet article. L'atten-
tion du Ministre avait été appelée sur la situation des inculpés
non encore placés sous mandats de dépôt ou d'arrêt. Ces inculpés
étaient, quand les villes ne possédaient pas de chambres de sû-
reté, détenus à la maison d'arrêt sur le vu d'un billet d'érou
provisoire délivré soit par le Procureur, soit par le Juge d'ins-
truction. Le Ministre laisse subsister cette pratique, absolument
illégal, du reste, mais il exige l'inscription de ces individus sur
le registre des passagers, et rappelle la nécessité d'un interroga-
toire à bref délai et de la délivrance d'un mandat régulier.

Ce sont les seuls lieux établis par la loi pour la garde des détenus et des condamnés. Tous les autres, maisons de police municipales, prisons cantonales, maisons de dépôt, n'ont qu'une existence de fait, complètement illégale : aucune destination fixe ne leur est donnée, ils ne sont soumis à aucune surveillance, les détenus y peuvent être, par suite, l'objet des mesures les plus arbitraires, car ce n'est qu'aux gardiens des prisons légales que s'adressent les articles 607 à 609 du Code d'instruction criminelle. Or les filles publiques ne peuvent pas être arrêtées ni détenues préventivement, puisqu'elles n'ont commis qu'une simple contravention, puisqu'elles sont même simplement présumées prostituées ; en tous les cas, elles ne peuvent être condamnées par le tribunal de simple police, seul compétent pour juger ces infractions, qu'à trois jours d'emprisonnement au maximum, et c'est à la maison d'arrêt qu'elles doivent, en fait du moins, subir cette peine. Il n'y a donc aucun doute sur le point de savoir si le gardien-chef d'une maison d'arrêt, qui recevrait et détiendrait une fille publique, soit préventivement, soit à la suite d'une condamnation prononcée par l'autorité administrative, serait coupable de détention arbitraire. L'article 609 ne laisse aucune place à la discussion : le gardien chef devrait refuser de la recevoir, puisqu'on ne lui exhibe ni mandat, ni jugement de condamnation. Mais les habitudes ont triomphé en quelque sorte de la loi elle-même, et c'est la plupart du temps dans des lieux qui ne sont pas légalement destinés à la garde des détenus ou des condamnés que se subissent les détentions préventives et les emprisonnements illégaux. Les mesures prises par le Code d'instruction criminelle paraissent donc bien peu

efficaces pour assurer, notamment en ce qui concerne les filles publiques, le respect de la liberté individuelle.

130. — Mais n'ont-elles pas à leur disposition une autre mesure préventive, celle-là moins illusoire ; ne peuvent-elles pas résister à l'agent qui vient les arrêter, soit parce qu'elles sont présumées prostituées, soit parce qu'elles ont commis une contravention, soit enfin parce qu'elles sont condamnées par l'autorité administrative ? Je touche ici à l'un des points les plus discutés de notre droit public, et il est nécessaire, avant d'examiner plus spécialement la question au regard des prostituées, de résumer brièvement les éléments de la controverse et discuter d'une façon générale les théories en présence. Faut-il interdire complètement la résistance à l'acte illégal de l'autorité, sacrifier ainsi le droit individuel au droit social ; faut-il au contraire légitimer cette résistance et donner gain de cause à l'individu contre les abus du pouvoir ; n'est-il pas plus juste enfin de repousser ces deux moyens extrêmes, et en admettant une présomption de légalité en faveur des actes du pouvoir social, n'autoriser la résistance que dans des cas déterminés et contre des illégalités certaines ?

131. — Le droit romain consacrait, en termes formels, le droit de résister aux agents de la force publique, lorsqu'ils excédaient les limites de leurs pouvoirs. « *Ut etiamsi officiales* » dit la loi 5 du Code de Justinien, *De jure fisci*, (1) « *ausi fuerint a tenore datæ legis desistere, ipsis privatis resistentibus, a faciendâ injuriâ arceantur.* » Accurse, dans la glose sur cette loi 5, l'étend à tous les officiers du prince :

(1) X, 1.

« *Quod etiam principis officiliabus resistetur, si excedant...* » Les docteurs admettaient sans hésiter cette doctrine et l'un d'eux faisait même de la résistance à l'acte illégal un devoir pour l'individu. C'est cette théorie que l'on enseignait aussi dans notre ancien droit. « Il y a quelques cas, » dit Jousse, (1) « où il est permis à celui que l'on veut emprisonner, de faire résistance, et cela a lieu principalement lorsque celui qui veut arrêter est sans caractère, ou lorsque, ayant caractère, il n'a point les marques de son ministère, ou bien lorsqu'il est porteur d'un mandement ou décret d'un juge sans caractère, ou lorsqu'il a excédé son pouvoir ou qu'il n'a pas observé les formes de justice. En effet cette rébellion est plutôt une défense légitime qu'une rébellion. Ainsi il est permis à celui qu'on veut arrêter injustement, non seulement de résister, mais encore d'appeler ses amis et ses voisins à son secours pour l'aider à se défendre. » Ainsi, à cette époque ancienne, la résistance était permise contre les actes illégaux de l'autorité. Ce fut aussi la doctrine révolutionnaire. L'article 11 de la Déclaration des droits de la Constitution du 24 juin 1793 portait : « Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine est arbitraire et tyrannique ; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force. » (2)

132. — Aujourd'hui, sous l'empire du Code pénal, au point de vue des textes, la question se pose entre l'article 209 et l'article 328. Le premier définit et punit la

(2) *Traité des matières criminelles*, t. IV, p. 79.

(3) TRIPIER, p. 76.

rébellion; le second a trait à la légitime défense. La rébellion est constituée par l'attaque ou la résistance avec violence et voies de fait envers certains fonctionnaires énumérés par la loi (et parmi eux se trouvent les agents de la police administrative ou judiciaire), à condition que ces fonctionnaires agissent « pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice ou jugements. » L'article 328, d'autre part, considère comme cause de justification de tout crime ou délit, la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui. La légitime défense est le droit de repousser par la force une agression injuste et imminente : je ne crois pas que l'agression suppose nécessairement la violence. Celui qui résiste à une arrestation illégale tombe-t-il sous le coup de l'article 209 ou peut-il justifier l'acte qu'il a accompli en invoquant l'article 328 ? Il semble qu'en présence des textes, le doute ne soit guère possible ; l'une des conditions de la rébellion est le fait de la part des fonctionnaires indiqués d'agir pour l'exécution des lois, or les agents de la police administrative ou judiciaire violent la loi au lieu de l'exécuter ; et comme l'article 328 n'exige pas que l'acte agressif émane d'un simple particulier, il me paraît que les textes consacrent d'une façon certaine le droit pour chacun de résister à l'acte injuste de l'autorité.

133. — Aussi n'est-ce pas avec des arguments puisés dans les termes mêmes de la loi que l'on a surtout essayé d'établir que la résistance à l'autorité était toujours et dans tous les cas punissable, et que le pouvoir devait être respecté même dans les abus et les illégalités qu'il commet. Ce que l'on a invoqué, ce sont les

nécessités de l'ordre social. L'un des avantages les plus considérables de la société, c'est de faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers, de substituer l'autorité de la loi, c'est-à-dire de la volonté de tous, à la force individuelle. Reconnaître le droit de repousser par la violence ceux qui sont chargés d'exécuter les arrêts de la justice ou les prescriptions de la loi, c'est mettre, pour ainsi dire, en question l'existence de la société même ; chaque citoyen pourra examiner la régularité de l'acte des représentants de l'autorité, et exécuter lui-même sa décision par la force et la violence. C'est le triomphe du droit du plus fort, c'est, comme le disait M. Serrigny (1), le retour à l'anarchie, la négation du pouvoir social, un appel à la force brutale, substituée à l'autorité de la loi. On comprend l'action individuelle, quand l'action sociale est impossible, mais la justice individuelle ne doit pas être permise, quand la justice sociale est suffisante pour réprimer les abus. Si l'autorité n'a pas respecté la loi, il y a des tribunaux organisés pour punir les illégalités commises ; c'est à eux qu'il faut s'adresser. On peut faire annuler l'acte que l'on prétend injuste ; la responsabilité de celui qui l'a mis à exécution est engagée ; il y a eu de la part de l'autorité un abus, et il ne s'agit pas de le légitimer, mais il faut savoir qui doit le réprimer. Est-ce l'individu ? Est-ce la société par ses tribunaux ? Puisqu'il existe un recours légal, il n'y a pas nécessité de se faire justice à soi-même, et la résistance aux actes illégaux de l'autorité constitue le crime ou le délit de rébellion de l'article 209 du Code pénal.

(1) T. I, p. 468. — M. Serrigny soutient qu'il y a rébellion dans le fait de résister aux actes illégaux de l'autorité.

134. — Que cette théorie soit contraire aux textes, je crois l'avoir établi, et je n'y reviens pas. Mais je vais plus loin et je crois mal fondés les reproches que ses partisans adressent à ceux qui autorisent, et conseillent même la résistance. Est-il vrai que cette seconde doctrine soit antisociale, subversive de tout ordre? On comprendrait, peut-être, que dans une monarchie absolue, où la volonté d'un seul fait la loi, le pouvoir se fit énergiquement respecter, même dans ses abus; mais la loi n'est plus aujourd'hui que l'expression de la volonté générale; elle n'est plus, disait, pour sa défense devant la Cour d'assises de la Seine le 13 mars 1832, le publiciste Armand Carrel, « une « divinité capricieuse dont les procureurs, à titre de « grands-prêtres, soient seuls chargés d'appliquer les « oracles, c'est un livre ouvert à tout le monde » (1). On y a tracé, d'une part, les devoirs des citoyens, notamment l'obéissance à la loi, de l'autre, les droits du gouvernement. La loi domine l'individu, mais elle domine aussi l'autorité; elle protège l'action du pouvoir, quand elle s'exerce dans les limites prévues, mais sa protection cesse quand le pouvoir dépasse ces limites et tombe dans l'arbitraire: le pouvoir social n'a pas le droit d'être respecté dans ses erreurs. Ce qui serait un péril pour l'organisation sociale, ce serait de mettre sur la même ligne l'abus et le droit, et c'est l'individu qui résiste à l'arbitraire et à l'illégalité qui se fait le défenseur du droit contre la force. Si l'on ne permet pas à chacun de défendre sa liberté contre les attaques injustes dont elle est l'objet, l'attentat commis pourra se renouveler, et l'ordre social, fondé sur le

(1) DEVILL., 32, 2, 178.

respect même de la loi, sera compromis. Autant il faut réprimer et punir sévèrement la résistance envers l'autorité, quand celle-ci représente la loi, autant il faut l'approuver quand l'autorité cesse, pour ainsi dire, d'être l'autorité, puisqu'elle viole la loi. Ce système admis pendant des siècles, proclamé par la loi romaine, par l'ancien droit, ne saurait être repoussé dans un pays de liberté. Sans doute il y a des moyens légaux de faire reconnaître l'illégalité de l'acte, de le faire annuler, il est possible de demander des dommages-intérêts à celui qui l'a accompli, mais je dirai plus loin combien il est difficile de mettre en œuvre les moyens répressifs, et ce n'est pas, en tous les cas, avec de l'argent qu'on répare les attaques à la liberté et les emprisonnements illégaux (1).

135. — On a prétendu qu'au point de vue pratique la solution admise par ce second système était beaucoup trop absolue. Si toutes les illégalités qui peuvent entacher les actes des dépositaires de la force publique légitimaient la résistance, la protection accordée par la loi à ces agents disparaîtrait du même coup. L'huissier est porteur d'un jugement, le gendarme est porteur d'un mandat et il l'exhibe, ce n'est pas à eux à apprécier la régularité des titres qu'ils veulent mettre à exécution ; ce n'est pas à chacun des citoyens à prononcer sur les nullités qui peuvent entacher ces actes ; on ne peut que se réserver de faire valoir ses droits en justice. Il est évident que si l'autorité viole manifestement la loi, elle n'est plus l'autorité, et ce n'est que par la force qu'on peut repous-

(1) Ce système est soutenu par M. Bonneville, à son cours de Droit pénal.

ser la force, on ne s'oppose pas dans ce cas à l'exécution de la loi, mais à sa violation. Mais il y a des cas douteux, où l'on ne peut pas savoir immédiatement si la loi est respectée ou violée, et c'est pourquoi beaucoup d'auteurs sont arrivés à une distinction : Il est permis, disent-ils, de résister même par la force à une injustice manifeste, il faut supporter les injustices douteuses. Pour ces dernières, il y a, en faveur de l'autorité, une présomption de légalité que l'on pourra faire tomber plus tard, mais qui suffit pour autoriser la mise à exécution de l'acte que l'on prétend illégal. En effet, si, en se plaçant au point de vue de l'arrestation, le seul qui rentre directement dans le cadre de cette étude, on permet à chacun d'opposer l'illégalité comme fin de non-recevoir, et par suite de refuser de suivre l'agent qui vient opérer l'arrestation, il pourra se faire que cet agent, de peur d'engager sa responsabilité, et pour lever tous les doutes, aille demander avis à ses supérieurs hiérarchiques ou à ceux qui ont délivré l'ordre d'arrestation. Pendant ce temps, l'individu, qu'on voulait arrêter, peut se soustraire aux recherches de la justice, l'autorité se trouve avoir toutes chances de perdre et le particulier a une chance de gagner. L'égalité serait rompue, et la solution proposée la rétablirait, car si l'illégalité est flagrante, la résistance est légitime; si, au contraire, elle est douteuse, la résistance ne saurait être admise, ce sera aux tribunaux à trancher le doute et à déclarer s'il y a eu ou non illégalité. L'ordre d'arrestation sera exécuté provisoirement, et l'on conciliera le respect dû à l'autorité et les droits individuels (1).

(1) En ce sens : CHAUMONT et HÉLIE, t. III, pp. 90 et suiv.; — BLANCHE, t. IV, pp. 86 et suiv.; — GARRAUD, t. III, n° 380.

136. — Dans l'application pratique, c'est ce dernier système qui me paraît le plus satisfaisant, et je crois que, même en théorie pure, cette portée restreinte est la seule qu'on puisse attribuer aux arguments que j'ai développés en exposant la théorie qui légitime toujours et en tous les cas la résistance de la part d'un particulier à un acte illégal de l'autorité. L'agent qui, sortant de sa fonction, attaque des droits reconnus et certains, ne commet qu'un acte de force matérielle et l'individu qui en est victime est en état de légitime défense, c'est pour cela qu'il est impossible d'admettre le premier système ; mais il ne faut pas tomber d'un excès dans l'autre, et pour ne pas sacrifier le droit individuel au droit social, faire triompher toujours l'individu contre la société. Ces deux systèmes absolus proclament tous deux le droit de la force, l'un au profit de la société, l'autre au profit de l'individu. Et c'est la raison qui, à mon sens, doit les faire repousser tous deux ; tout ce que l'on peut concéder à l'individu, c'est le droit de légitime défense, le droit d'opposer la force à la force, mais dès que l'acte que l'on veut accomplir offre une apparence de légalité, on ne peut plus dire *a priori* qu'il y ait légitime défense et l'autorité doit provisoirement triompher.

Les termes de l'article 209 du Code pénal me semblent, du reste, s'accorder facilement avec cette théorie, et c'est dans cet article que je trouve le criterium de la distinction entre les illégalités douteuses et les illégalités flagrantes. La loi exige en effet, pour qu'il y ait rébellion, la résistance envers les fonctionnaires qu'elle énumère, agissant pour l'exécution des lois, ordres ou ordonnances de l'autorité publique. Il faut donc pour que la résistance soit qualifiée rébellion par

la loi, un agent qui exécute la loi, il faut donc que sa qualité soit certaine, et qu'il ait un titre en vertu duquel il procède. Si l'agent de l'autorité veut accomplir un acte qui ne rentre pas dans ses fonctions, il n'a pas plus de droits qu'un simple particulier, et il en est de même si, dans les limites de sa compétence, il ne peut pas justifier d'un titre qui lui donne le droit d'agir. L'agent a-t-il qualité pour agir, et le titre en vertu duquel il veut procéder existe-t-il ? Les citoyens doivent s'incliner, il y a présomption de légalité en faveur de l'autorité. Agit-il au contraire hors de ses fonctions ou sans titre ? Il y a, de sa part, à n'en pas douter, une agression injuste; l'individu attaqué peut résister, il est en état de légitime défense. Ce criterium simple ressort des termes mêmes de la loi, et je ne crois pas qu'il faille s'arrêter à l'objection si souvent faite à la doctrine que j'adopte, tirée de la difficulté qu'il y aurait à distinguer les injustices douteuses des injustices non douteuses.

137. — Mais il faut, et c'est une remarque commune aux deux derniers systèmes, que la défense, lorsqu'elle est possible, soit proportionnée à l'attaque. Si l'agent qui poursuit l'exécution de l'acte arbitraire se borne à en réclamer l'accomplissement, une protestation verbale, une résistance passive, suffiront pour protéger le droit que l'on prétend violé. Ce n'est qu'au moment où il emploie la force que la force peut lui être opposée, et même en ce cas, la défense n'est légitime que dans la mesure où elle est utile pour la conservation du droit ; si l'individu, victime de l'arrestation illégale, résiste plus violemment qu'il est nécessaire pour triompher de l'attaque, il peut être poursuivi, non plus comme coupable de rébellion,

l'article 209 ne saurait s'appliquer, mais à raison des violences ou des excès qu'il aurait commis.

138. — Les hésitations de la doctrine se retrouvent dans la jurisprudence. Les Cours d'appel semblent, en général du moins, considérer la résistance à un acte illégal de l'autorité comme un cas de légitime défense : je citerai notamment un arrêt de la Cour de Limoges du 14 décembre 1826 (1), qui se refuse à voir une rébellion dans la résistance opposée à un gendarme voulant arrêter et conduire en prison un individu prévenu d'une simple contravention de police, et un arrêt de la Cour de Douai du 22 novembre 1839 (2) déclarant que la résistance avec voies de fait opposée par un condamné à des agents qui veulent l'arrêter sans être munis d'une expédition en forme exécutoire du jugement ou d'un ordre d'arrestation n'est point un fait punissable (3). On trouve cependant quelques décisions en sens contraire de la Cour de Paris (5 juin 1838) (4), de la Cour de Bourges (14 avril 1853) (5), plus récemment de la Cour de Besançon (26 décembre 1883) et un jugement du tribunal correctionnel de Saint-Marcellin du 25 octobre 1893 (6).

La jurisprudence de la Cour de cassation ne paraît pas non plus très fixée. On pouvait induire du premier

(1) D. J. G., V^o Rébellion, n^o 39.

(2) D. J. G., *eod. loco*.

(3) V. Nîmes, ch. d'acc., 21 novembre 1826 ; Lyon, 24 août 1826 ; Limoges, 14 décembre 1826 ; Bourges, 10 mai 1838 ; tous cités, D. J. G., V^o Rébellion, n^o 39, et, procédant de la même idée, Cour d'assises de la Seine, 13 mars 1832, DEVILL., 32, 2, 178.

(4) D. J. G., V^o Rébellion, n^o 40.

(5) D. J. G., *eod. loco*.

(6) *Gazette du Palais*, avril 1894, supplément, p. 22.

arrêt qu'elle a rendu sur ce point depuis la promulgation du Code pénal (16 avril 1812) (1) où elle consacrait ce principe que la résistance à la force armée agissant régulièrement constituait le délit de rébellion, que, *a contrario*, il n'y aurait pas rébellion dans le fait d'opposer la force à un acte irrégulier de l'autorité. C'est en effet la solution de deux arrêts, des 14 septembre et 27 octobre 1815 (2). Mais les arrêts du 14 avril 1820 (3) et du 5 janvier 1821 (4) s'éloignent de la théorie que la Cour semblait avoir admise. Le second, par exemple, déclare exacte l'application de l'article 209 à un particulier qui avait résisté à l'exécution d'un ordre d'arrestation, donné par un commissaire de police, hors le cas de flagrant délit. Depuis cette époque, les considérants des arrêts sont rédigés d'une manière absolument générale et ils proclament tous que l'article 209 ne surbordonne pas l'existence du délit de rébellion au plus ou moins de régularité des formes avec lesquelles les agents de l'autorité peuvent procéder, et que les particuliers n'ont pas le droit de se constituer juges de ces formes pour refuser avec violences et voies de fait l'obéissance qui est due à la loi ou aux actes qui en émanent (5). Tout récemment encore, dans un arrêt du 17 avril 1891 (6)

(1) *B. cr.*, n° 93, p. 164.

(2) D. J. G., V° Rébellion, n° 42.

(3) *B. cr.*, n° 52, p. 151.

(4) DEVILL., 21, 1, 358.

(5) V. notamment Crim., Cass., 15 juillet 1826, *B. cr.*, n° 140, p. 399; 26 décembre 1839, *B. cr.*, n° 389, p. 595, DEVILL., 40, 1, 547; 10 mars 1842, DEVILL., 42, 1, 831; 17 août 1849, *B. cr.*, n° 209, p. 307; 22 août 1867, *B. cr.*, n° 199, p. 330, D. P., 68, 1, 286; 29 février 1884, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de Besançon du 26 décembre 1883, *B. cr.*, n° 60, p. 105.

(6) *B. cr.*, p. 157.

la Cour de cassation, après avoir admis la légalité de l'acte auquel on avait voulu résister, ajoute : « En « fût-il autrement, l'illégalité de l'injonction reçue des « agents de l'autorité ne saurait à aucun titre excuser « la résistance avec voies de fait et violence et enlever « à cette résistance le caractère et la qualification « légale de rébellion. » Cependant, il y a telles hypothèses spéciales où la Cour suprême semble avoir reculé devant les conséquences logiques de cette doctrine : je citerai un arrêt du 7 avril 1837 (1) et surtout un arrêt du 25 mars 1852 (2) d'après lequel un garde forestier qui, sans qu'il y ait flagrant délit, s'introduit dans une maison pour constater une infraction, commet un excès de pouvoirs, et ceux qui lui résistent ne peuvent être punis comme ayant outragé un agent de la force publique dans l'exercice de ses fonctions, ni comme coupables d'aucun autre délit.

La tendance générale des Cours d'appel paraît donc être de légitimer la résistance, et l'idée dominante qui ressort des arrêts de la Cour de cassation est de la considérer comme un acte de rébellion tombant sous le coup des articles 209 et suivants du Code pénal.

139. — Quoi qu'il en soit, dans le système que j'ai admis, faut-il déclarer légale la résistance opposée par la prostituée à l'agent qui veut l'arrêter, soit avant son inscription, soit après cette inscription, comme prévenue de contravention, ou comme condamnée à l'emprisonnement par le bureau des mœurs ou le commissaire central ? J'ai défini plus haut ce que j'entendais

(1) D. J. G., V^o Rébellion, n^o 38.

(2) B. cr., n^o 108, p. 210.

par « apparence de légalité » et je n'ai légitimé que la résistance opposée au fonctionnaire agissant hors de ses fonctions ou sans titre. Or je ne conteste pas que l'agent de la police administrative soit ici dans l'exercice de ses fonctions, mais j'estime qu'il agit sans titre et que par suite la résistance est légitime.

Cela me semble évident au premier cas, c'est-à-dire l'arrestation des filles non inscrites, et le doute n'est pas davantage permis dans l'hypothèse de l'arrestation pour contravention. L'arrestation, sauf au cas de flagrant délit, n'est possible qu'en vertu d'un mandat de dépôt ou d'arrêt ; il ne peut pas être ici question de ces mandats, et d'autre part, jamais la loi n'a autorisé l'arrestation en matière de contravention flagrante.

Mais reste le cas dans lequel l'agent veut mettre à exécution une décision administrative condamnant la prostituée contrevenante à l'emprisonnement. L'arrestation et l'incarcération d'un condamné ne peuvent, à mon sens, avoir lieu qu'en vertu d'un jugement exécutoire de condamnation prononcé contre lui, et je permettrais sans hésiter de repousser par la force l'agent qui voudrait mettre à exécution un jugement de condamnation non revêtu de la formule exécutoire. Ce n'est pas là une de ces irrégularités de détail qu'il y aurait danger à laisser juger par les particuliers en cause. Il faut que le titre résiste à un examen très superficiel, qu'il paraisse tout au moins être légal. Or la décision administrative ne saurait être revêtue de la formule exécutoire, et c'est une première raison pour déclarer la prostituée en état de légitime défense, et lui donner le droit de repousser l'agression dont elle est victime. Mais il y a un second motif, qui celui-

là ne peut soulever aucune discussion ; la décision administrative n'est pas un jugement ; légalement, elle n'existe pas. Personne n'hésiterait à légitimer la résistance d'un individu envers un autre qui voudrait l'arrêter pour lui faire subir une condamnation prononcée par un simple particulier. Or j'assimile à cette décision d'un particulier, la décision administrative, et je crois respecter complètement la loi en déclarant inexistant, incapable d'être mis à exécution, le prétendu jugement rendu par le bureau des mœurs ou le commissaire central. J'estime donc, en résumé, que dans les trois hypothèses que j'ai indiquées, la fille publique a le droit de résister à l'agent de l'autorité et qu'elle ne saurait encourir de ce chef aucune responsabilité pénale.

II. — MESURES TENDANT A FAIRE CESSER LES DÉTENTIONS ILLÉGALES

140. — Le législateur ne s'est pas contenté de prescrire les mesures qu'il croyait nécessaires pour prévenir les arrestations et les détentions arbitraires, et le chapitre III, titre VII, du livre II du Code d'instruction criminelle (art. 615 à 618 inclus) et l'article 119 du Code pénal énumèrent les moyens offerts pour faire cesser les détentions illégales. La loi a prévu deux hypothèses : l'une au Code d'instruction criminelle (art. 615 à 617) et à l'article 119 du Code pénal, l'autre à l'article 618 du Code d'instruction criminelle et à l'article 119 du Code pénal.

141. — Un individu est détenu dans un lieu qui n'a pas été destiné à servir de maison d'arrêt, de jus-

tice ou de prison, quiconque a connaissance de ce fait doit (art. 615) en donner avis au juge de paix, au procureur de la République, ou à son substitut, ou au juge d'instruction ou au procureur général près la Cour d'appel. Ceux-ci doivent déférer à la réclamation qui leur est faite, et constater la détention illégale. Après que l'existence en a été reconnue, deux obligations sont imposées par la loi à ces fonctionnaires : l'une, par l'article 119 du Code pénal, dénoncer la détention arbitraire à l'autorité supérieure, sous peine de dégradation civique ; l'autre par l'article 616, sous peine d'être poursuivis comme complices de détention arbitraire, de faire mettre en liberté la personne détenue, ou s'il est allégué quelque cause légale de détention, de la faire conduire sur le champ devant le magistrat compétent. Il est dressé du tout procès-verbal. L'article 617 permet au besoin, en cas de résistance, de se faire assister de la force nécessaire.

142. — Le législateur, en prenant les mesures énergiques des articles 615, 616 et 617, paraît n'avoir eu qu'un but, faire cesser les attentats à la liberté commis par des particuliers. Or, aujourd'hui, dans l'état actuel de la civilisation, pareils attentats ne sont plus guère à redouter ; ce qu'il faut craindre, ce sont plutôt les abus de pouvoir émanant des fonctionnaires ; ce sont ceux-là, en tous les cas, dont j'ai relevé l'existence au regard des filles publiques ; je me contente donc de mentionner la première hypothèse, et j'arrive au cas où la détention illégale est subie dans une prison. C'est le seul que je doive étudier.

143. — Les auteurs (1) ne citent qu'un seul texte

(1) V. notamment : SERRIGNY, t. I, p. 472; — GARRAUD, t. III, p. 29, n° 30.

relatif à cette hypothèse, c'est l'article 119 du Code pénal qui enjoint aux fonctionnaires publics chargés de la police administrative ou judiciaire de déférer à toute réclamation légale tendant à constater les détentions illégales et arbitraires dans les maisons destinées à la garde des détenus, et de dénoncer ces détentions à l'autorité supérieure, sous peine de dégradation civique et de dommages-intérêts. Ils classent les dispositions de l'article 618 du Code d'instruction criminelle dans les mesures édictées pour faire cesser la détention subie ailleurs que dans une maison d'arrêt, une maison de justice ou une prison.

Il me paraît qu'il y a là une erreur, et que l'article 618 a pour but, au contraire, de faciliter aux fonctionnaires de l'article 119 la constatation qui leur est imposée. Cet article parle en effet de gardiens, de registres, et ces termes semblent indiquer d'une façon évidente qu'il s'agit ici des prisons, maisons d'arrêt ou de justice, les seules dont les gardiens soient tenus (art. 607, C. inst. crim.) d'avoir des registres. L'article 618 en effet est ainsi conçu : « Tout gardien qui
« aura refusé ou de montrer au porteur de l'ordre de
« l'officier civil ayant la police de la maison d'arrêt,
« de justice, ou de la prison, la personne du détenu
« sur la réquisition qui en sera faite ou de montrer
« l'ordre qui le lui défend, ou de faire au juge de paix
« l'exhibition de ses registres, ou de lui laisser pren-
« dre telle copie que celui-ci croira nécessaire de par-
« tie de ces registres, sera poursuivi comme coupable
« ou complice de détention arbitraire ». Il semble que, dans cette seconde hypothèse, le fonctionnaire public auquel est adressée la réclamation, a satisfait au vœu de la loi quand, après avoir fait la constatation

qui lui était demandée, il a dénoncé la détention à l'autorité supérieure. Si l'article 119 est le seul qui, au regard des fonctionnaires chargés de la police administrative ou judiciaire, se réfère à ce second cas, il leur est impossible, dans l'état actuel de la loi pénale, de faire cesser la détention arbitraire et de mettre en liberté l'individu qui en est victime. D'autorité en autorité on arrivera au ministre, et aucun texte n'accorde à ce dernier un pareil pouvoir. Il faut avouer que, dans ces conditions, l'article 119 est très insuffisant et que la dénonciation qu'il prescrit n'est qu'un hommage, purement théorique, rendu au principe de la liberté individuelle.

144. — Certains auteurs (1) ont essayé de combler cette lacune au moyen de l'article 616 du Code d'instruction criminelle. Cet article, ont-ils dit, ne fait aucune distinction, il ordonne aux fonctionnaires publics sous peine d'être poursuivis comme complices de détention arbitraire, de mettre en liberté la personne illégalement détenue. Pour eux, par conséquent, il n'y aurait, à ce point de vue, aucune différence entre les deux hypothèses que j'ai signalées. Dans l'une comme dans l'autre, les fonctionnaires visés par la loi auraient le devoir d'ordonner la mise en liberté.

On repousse en général cette assimilation : l'article 616, dit-on, comme l'article 615, a trait au cas de détention dans un lieu non destiné à la garde des détenus, l'article 119 vise une hypothèse différente, on ne saurait donc le compléter avec l'autre. Je me sépare ici de la majorité des auteurs : je comprends l'objection

(1) V. notamment, CARNOT, sur l'article 119, *Commentaire du Code pénal*, t. I, p 329.

dans le système généralement admis qui voit dans les articles 615 à 618 une série de textes se rapportant à une hypothèse unique, la détention dans un lieu non destiné par la loi à servir de maison d'arrêt, de maison de justice ou de prison ; mais j'ai essayé d'établir que l'article 618 était relatif à la détention illégale dans une prison. Il n'y a donc pas entre ces divers articles un lien aussi étroit que celui que l'on indique ordinairement, et je ne vois pas alors pourquoi l'article 616, dont les termes sont absolument généraux, se référerait forcément au cas de l'article 615. Il y aurait, à mon sens, dans nos lois pénales, un article spécial à chaque hypothèse, l'article 615 d'une part, l'article 618 de l'autre, et trois articles communs aux deux cas, les articles 616, 617, C. inst. crim. et l'article 119 du Code pénal. On pouvait comprendre, il est vrai, la distinction sous le régime de la Commission sénatoriale de la liberté individuelle, elle était vraisemblable à cette époque où l'empereur aurait difficilement admis que l'on pût toucher aux abus de pouvoir commis par les agents du gouvernement ; mais les termes de la loi me semblent d'accord avec la théorie que j'ai adoptée, et il me paraît impossible, dans ces conditions, de ne pas admettre une solution qui permet de mettre fin à une détention illégale, qu'elle émane d'un particulier ou qu'elle émane de l'autorité, et d'assurer pratiquement en toutes hypothèses le respect de la liberté individuelle.

III. — MESURES RÉPRESSIVES

145. — Les mesures répressives sont édictées par les articles 114 à 122 qui forment la section II du

titre I^{er} du livre III du Code pénal, sous la rubrique : attentats à la liberté. J'écarte immédiatement les articles 115, 116, 118, 121 et 122 relatifs à des hypothèses spéciales dont l'examen ne rentre pas dans le cadre de cette étude, et je me contente de mentionner l'article 120, punissant la détention arbitraire.

Les fonctionnaires qui ont commis un acte attentatoire à la liberté individuelle, ou refusé de déférer à une réclamation légale tendant à constater une détention illégale ou arbitraire, encourent une double responsabilité, pénale et civile ; la première d'après les articles 114 et 119 du Code pénal, la seconde d'après l'article 1382 du Code civil et l'article 117 du Code pénal. J'ai déjà étudié l'article 119, je n'y reviens pas. Reste l'article 114.

146. — Ce texte prévoit trois catégories d'abus de pouvoir : les actes attentatoires à la liberté individuelle, qui seuls nous intéressent, les actes contraires aux droits civiques, les actes contraires à la Constitution. Or j'ai démontré qu'il y avait attentat à la liberté individuelle dans le fait d'arrêter ou de condamner administrativement une prostituée, et il ne peut y avoir doute sur l'application de l'article 114 en notre matière. Mais il faut, puisqu'il s'agit d'un crime, l'existence de l'intention délictueuse ; il faut que le fonctionnaire accusé ait su qu'il sortait des limites de ses pouvoirs. La loi a, du reste, prévu (art. 114 § 2) le cas où l'agent justifierait qu'il a exécuté un ordre de ses supérieurs, pour un objet du ressort de ceux-ci, sur lequel il leur était dû obéissance hiérarchique ; dans ce cas, elle l'exempte de la peine, qui est appliquée aux supérieurs qui auront donné l'ordre. Quand les deux conditions prévues par le texte sont réunies,

c'est-à-dire s'il y a eu ordre donné par un supérieur à un inférieur, le second devant au premier l'obéissance hiérarchique, et si, d'autre part, cet ordre est relatif à un objet du ressort de ce supérieur, il y a une excuse légale absolutoire en faveur de l'agent inférieur ; c'est le jury qui apprécie ce fait, une question spéciale lui est posée aux termes de l'article 339, C. inst. crim. La loi, dans l'intérêt de la hiérarchie, a exempté l'agent de toute peine ; elle le considère comme un instrument aux mains du supérieur et c'est pour ce dernier qu'elle réserve sa rigueur.

En notre matière, l'agent des mœurs est le subordonné du Préfet de police, c'est au Préfet que l'arrêté de l'an VIII a confié la police des mœurs, les conditions requises par la loi paraissent exister, et il semble que ce soit le cas de faire application de l'excuse légale absolutoire de l'article 114 § 2.

147. — La peine infligée par l'article 114 est la dégradation civique, et tous les auteurs font remarquer la disproportion énorme entre cette peine, et celle des travaux forcés à temps, dont on punit les arrestations illégales et les séquestrations de personnes commises par des particuliers. Il est certain qu'il doit y avoir, entre les deux cas, une différence dans la répression ; mais on pourrait dire que c'est contre le fonctionnaire, qui doit connaître la loi, qui doit plus que tout autre la respecter, puisqu'il est chargé de la mettre à exécution ou d'en surveiller l'application, que doit être prononcée la peine la plus sévère. Je crois qu'il y aurait là une exagération, car les fonctionnaires publics, lorsqu'ils attentent à la liberté individuelle, se laissent la plupart du temps entraîner par un excès de zèle, au-delà des limites de leurs pouvoirs ; les par-

ticuliers au contraire ne cherchent qu'à satisfaire leurs passions personnelles. C'est de cette façon que les rédacteurs du Code ont surtout envisagé la question ; ils n'ont vu dans l'acte commis par les fonctionnaires qu'un abus d'autorité, et ils ont jugé que la dégradation civique était suffisante pour les punir. Peut-être a-t-on montré pour eux une trop grande indulgence, et pour les autres une trop grande sévérité : peut-être aurait-il fallu établir à l'article 114 un minimum plus élevé, l'emprisonnement par exemple, et augmenter la pénalité suivant la durée de la détention illégale. Ce sont là des questions de législation que je n'ai pas à examiner ici ; mais je conclus, avec les auteurs et la jurisprudence, de la raison même donnée pour expliquer l'indulgence dont il est fait preuve à l'article 114, que le fonctionnaire public auquel on n'aurait pas seulement à reprocher un abus d'autorité, et qui, dans l'intérêt de ses passions personnelles, aurait arrêté, fait arrêter, séquestré un particulier, serait passible des peines portées par les articles 341 et suivants du Code pénal.

148. — Mais, devant cette insuffisance constatée par tous de l'article 114 § 1^{er}, certains auteurs ont soutenu (1), et quelques décisions de jurisprudence (2) se sont ralliées à cette théorie, que l'article 114 était modifié par l'article 341, et que c'était ce dernier article dont on devait faire application au fonctionnaire qui, même par simple abus d'autorité, aurait accompli une arrestation ou une séquestration illégales. Les

(1) Cf., BLANCHE, t. V, p. 276, n° 237.

(2) Crim., Cass, 5 novembre 1812, *Journal du Palais*, 1812, t. X, p. 779.

termes de l'article 341 sont, dit-on, assez généraux pour comprendre toutes les hypothèses : « Seront
« punis de la peine des travaux forcés à temps, ceux
« qui, sans ordre des autorités constituées, et hors
« les cas où la loi ordonne de saisir des prévenus,
« auront arrêté, détenu ou séquestré des personnes
« quelconques. Attendu », dit un arrêt de cassation du
« 25 mai 1832 (1), « que la disposition de l'article 341
du Code pénal est spéciale quant au fait d'arresta-
« tion ou séquestration arbitraire, et générale en ce
« qui concerne ceux qui s'en rendraient coupables ;
« que dès lors, et à défaut d'une dérogation expresse
« à cette disposition, on doit considérer comme y
« étant compris tout agent de la force publique qui
« procéderait à des actes de cette nature » ; et l'arrêt
ajoute : « Aucune dérogation ne résulte de l'article 114
« du Code pénal ; en effet, les arrestations illégales ne
« sont pas expressément énoncées dans ce dernier
« article, et il y a lieu de recourir, dans la recherche
« de la pénalité qui leur est propre, à la section qui
« les a spécifiés et non à celle qui a prévu d'une ma-
« nière indéterminée les actes attentatoires, soit à la
« liberté individuelle, soit aux droits civiques, soit à
« la Charte », et il estime qu'il doit être fait applica-
tion de l'article 341.

149. — La majorité des auteurs repousse cette interprétation (2). En premier lieu, les mots : « actes attentatoires à la liberté individuelle » de l'article 114 § 1^{er} sont assez larges pour embrasser les arrestations et

(1) DEVILL., 32, 1, 512.

(2) V. notamment : CHAUMONT, t. IV, pp. 435 et suiv. ;
— GARRAUD, t. III, p. 36, n° 35.

séquestrations illégales. Les rédacteurs ont voulu établir une différence entre l'acte de l'homme qui, sans mandat légal, ou investi d'un mandat, mais pour satisfaire ses passions personnelles, arrête ou séquestre un citoyen, et l'acte de celui qui, investi d'un caractère légal, abusant de son autorité, a ordonné ou commis un attentat à la liberté individuelle : le premier crime est placé au nombre des crimes contre les particuliers, le second, au nombre des crimes contre la chose publique; il y avait donc, dans la pensée des rédacteurs, une différence essentielle entre les deux cas ; ce sont bien deux crimes différents dont il est question, et l'article 341 ne peut avoir eu pour but de modifier l'article 114. « Il ne s'agit point ici, » disait l'orateur du gouvernement, sur l'article 341, « des arrestations illégales commises par des fonctionnaires publics, cette matière est réglée par le titre I^{er} du 3^e livre. Les dispositions actuelles n'ont trait qu'aux attentats à la liberté commis par des particuliers » (1). Et s'il fallait encore une preuve, on la trouverait dans le § 2 de l'article 114, qui prévoit une cause d'excuse qui ne peut certainement pas être invoquée dans le cas des articles 341 et suivants : le fait de la part de l'agent d'avoir exécuté l'ordre donné par son supérieur hiérarchique, pour des objets de son ressort. L'article 114 n'a donc pas été modifié par l'article 341 ; ce sont deux textes visant deux hypothèses distinctes ; et le fonctionnaire coupable n'est passible que de la dégradation civique. C'est la théorie qui semble adoptée maintenant par la jurisprudence. Je citerai notamment un arrêt de la

(1) LOCRÉ, t. XXX, p. 481.

Cour de cassation du 4 décembre 1862 (1), un autre de la Cour de Paris du 21 janvier 1868 (2), un arrêt de la Chambre criminelle du 18 avril 1868 (3), et tout récemment un arrêt de rejet de la même Chambre du 23 juin 1892 (4).

150. — Les fonctionnaires qui commettent des crimes ou délits engagent non seulement leur responsabilité pénale, mais aussi leur responsabilité civile. En ce qui concerne spécialement les crimes des articles 114 et 119, le principe de cette responsabilité est formellement reconnu par l'article 117, ainsi conçu : « Les dommages-intérêts qui pourraient être prononcés à raison des attentats exprimés dans l'article 114 seront demandés, soit sur la poursuite criminelle, soit par la voie civile, et seront réglés eu égard aux personnes, aux circonstances et au préjudice souffert, sans qu'en aucun cas, et quel que soit l'individu lésé, lesdits dommages-intérêts puissent être au-dessous de 25 francs pour chaque jour de détention illégale et arbitraire et pour chaque individu. »

Il y a, dans ce texte, une exception remarquable au principe d'après lequel les tribunaux sont libres de fixer, comme ils l'entendent, le chiffre des dommages-intérêts suivant l'étendue du préjudice causé. La loi a craint, sans doute, que la qualité d'agent du gouvernement chez le coupable n'exercât une influence sur le juge, et que celui-ci n'accordât à la victime de l'acte arbitraire que des dommages-intérêts insigni-

(1) S., 63, 1, 51.

(2) D. P., 68, 2, 4.

(3) D. P., 69, 1, 377.

(4) D. P., 93, 1, 297.

fians. Mais, quoique ce motif puisse s'appliquer à tous les cas où un fonctionnaire est assigné en responsabilité, le caractère dérogatoire de la disposition de l'article 117 oblige à une très stricte interprétation, et j'hésiterais même à l'étendre au cas où le fonctionnaire, faute d'intention délictueuse, n'aurait pas commis le crime de l'article 114 § 1^{er}. Si l'on suppose que c'est par ignorance ou erreur que l'arrestation ou la séquestration illégale a été accomplie l'article 117 devient inapplicable, puisqu'il ne parle que des attentats de l'article 114. En cette hypothèse, sa responsabilité civile est engagée, en vertu de l'article 1382 du Code civil ; le juge pourrait ici s'inspirer de la règle de l'article 117, mais elle ne s'imposerait pas à lui, et il aurait le droit de fixer librement le chiffre des dommages-intérêts dus à la victime de l'acte arbitraire.

151. — La mise en œuvre de la responsabilité, soit pénale, soit civile des fonctionnaires, a été soumise par la loi à certaines règles spéciales : elles étaient avant 1870 au nombre de trois : deux étaient relatives aux magistrats ou officiers de police judiciaire, la troisième aux agents du gouvernement.

152. — L'article 484 du Code d'instruction criminelle, en ce qui concerne l'action pénale intentée contre des juges de paix, des membres de tribunaux correctionnels ou de première instance, d'officiers chargés du ministère public près l'un de ces juges ou tribunaux, ou d'un officier de police judiciaire, pour crime commis dans l'exercice de leurs fonctions, emportant la peine de forfaiture ou autre peine plus grave, organise une procédure d'instruction exceptionnelle, et attribue à la Cour d'appel, saisie par cita-

tion du Procureur général, la juridiction de jugement. Or le fonctionnaire, chargé de la police judiciaire, qui néglige ou refuse de déférer à une réclamation légale tendant à constater une détention arbitraire, et qui ne justifie pas l'avoir dénoncée à l'autorité supérieure, est puni de la dégradation civile (art. 119 du Code pénal). Ce crime ne pourra donc être poursuivi que suivant les formes de l'article 484.

153. — Les termes de cet article ne visent que l'action criminelle, la mise en œuvre de la responsabilité pénale, mais on s'est demandé si le privilège de juridiction qu'il établissait ne s'appliquait pas aussi à l'action civile en responsabilité fondée sur les articles 1382 du Code civil et 117 du Code pénal.

Trois solutions sont possibles, et elles ont été successivement adoptées par la jurisprudence. On pouvait soutenir en effet, d'une part, en maintenant la juridiction de la Cour d'appel, soit que la partie lésée avait le droit de saisir directement la Cour (1), soit que le Procureur général avait un droit de poursuite exclusif (2) ; et d'autre part, que l'individu, victime de l'acte arbitraire commis par l'officier de police, pouvait se pourvoir à fins civiles devant le tribunal ordinaire compétent (3).

154. — Je ne crois pas qu'il soit possible de préten-

(1) *Crim., Cass.*, 11 septembre 1812, *D. J. G.*, t. VIII, p. 685, n° 8.

(2) *Crim., Cass.*, 15 juin 1832, *D. P.*, 32, 1, 368 ; Poitiers, 25 mars 1833, *D. P.*, 34, 2, 15 ; Rennes, 6 janvier 1834, *D. P.*, 34, 2, 209 ; *Crim., Cass.*, 6 octobre 1837, *D. P.*, 38, 1, 244 ; Nancy, 20 avril 1857, *D. P.*, 62, 2, 182 ; *Crim., Cass.*, 3 avril 1862, *D. P.*, 62, 1, 387 ; Paris, 31 janvier 1860 et 12 novembre 1867, *D. P.*, 67, 2, 177.

(3) Besançon, 13 décembre 1854, cité dans *D. P.*, 67, 2, 177 ; *Civ., Cass.*, 16 décembre 1867, *D. P.*, 68, 1, 5, cassant un jugement

dre que la partie lésée ait le droit de citation directe devant la Cour d'appel. L'action privée, lorsqu'il s'agit de crime, peut, d'après les principes généraux, être portée, soit directement devant le tribunal civil, sauf l'obligation pour celui-ci d'attendre la décision définitive prise sur l'action publique (art. 3 § 2, C. inst. crim.), soit accessoirement à l'action publique devant la cour d'assises (art. 3 § 1). Les articles 483 et suivants n'ont pas dérogé à cette règle. Rien, dans leur rédaction, n'indique que l'on ait voulu supprimer le droit pour la partie lésée de porter l'action privée devant la Cour d'appel, quand celle-ci a été saisie de l'action publique par la citation du Procureur général ; sur ce point, tout le monde est d'accord ; mais je ne pense pas, d'autre part, qu'il soit exact de reconnaître à la partie lésée le droit de saisir elle-même, avant toute poursuite pénale, la Cour d'appel, de l'action privée tendant à la réparation du préjudice causé. L'action privée ne peut être portée directement devant un tribunal répressif qu'au cas de contravention ou de délit, et elle met alors en jeu d'une façon indivisible les deux responsabilités ; mais ce droit n'existe pas en matière de crime, et il faudrait un texte précis pour l'accorder. Or l'article 479, auquel renvoie l'article 483, est au contraire rédigé d'une façon impérative, et ne donne le droit de citation directe qu'au Procureur général. Sur ces deux points, les principes qui règlent la mise en mouvement de l'action privée sont absolument respectés, et on n'a dérogé au droit commun qu'en ce qui concerne l'action publique.

du tribunal de Dijon du 28 novembre 1865 ; Nancy, 21 décembre 1872, D. P., 73, 2, 7 ; Civ., Cass., 15 décembre 1874, D. P., 76, 1, 289.

155. — La véritable question est donc de savoir si le refus du Procureur général de mettre en mouvement l'action publique, qui rend impossible toute action privée devant la Cour d'appel, puisque l'action pénale n'est pas intentée et que la partie lésée n'a pas le droit de citation directe, empêche la victime de l'acte arbitraire de saisir le tribunal civil ordinaire de l'action privée en dommages-intérêts ? En d'autres termes, l'action privée pénale, c'est-à-dire portée devant le tribunal répressif, reste en notre matière soumise au droit commun, en est-il de même de l'action privée purement civile ?

La loi, a-t-on dit, dans le sens de la négative, a eu deux buts, en établissant ce privilège de juridiction : protéger les fonctionnaires, les auxiliaires de la justice, contre des réclamations inconsidérées, et, d'autre part, donner des garanties aux particuliers, leur assurer une justice efficace. Le résultat que l'on voulait atteindre serait manqué, si l'on permettait à la partie lésée d'assigner devant le tribunal ordinaire compétent le fonctionnaire que le Procureur général s'est refusé à poursuivre criminellement devant la Cour d'appel ; c'est le livrer à la rancune des justiciables et il est à craindre que ces derniers n'accusent de partialité le juge d'un rang égal ou inférieur qui serait appelé à statuer sur la poursuite civile.

Ces objections, tirées de l'esprit de la loi, ne peuvent prévaloir contre les textes. Le principe est l'indépendance des deux juridictions, pénale et civile ; quand la loi a voulu faire une exception à cette règle, elle s'en est expliquée formellement, notamment à l'article 3, § 2 du Code d'instruction criminelle. On prétend que des articles 479 et suivants résulte une autre

exception, et que l'exercice de l'action civile serait subordonné à l'exercice de l'action pénale. Or, on ne trouve rien dans ces articles qui soit relatif à l'action purement civile, c'est-à-dire à l'action privée intentée devant les tribunaux civils ordinaires. Il n'y a donc aucun texte qui consacre la dérogation aux principes, et cependant ce texte serait ici plus nécessaire encore, s'il est possible, que dans l'hypothèse de l'article 3 § 2; car à l'article 3 § 2 l'action civile est née, son exercice est seulement suspendu, et aux articles 479 et suivants, interprétés comme on veut le faire, l'action civile ne naîtrait même pas, l'article 1382 resterait souvent lettre morte, et le Procureur, maître légalement de l'action publique, deviendrait maître de l'action civile. Bien mieux, l'article 117 du Code pénal déclare que les dommages-intérêts seront demandés soit sur la poursuite criminelle, soit par la voie civile, et comme il ne peut s'agir en cet article que des actes accomplis par les fonctionnaires, comme, d'autre part, l'action privée pénale ne peut être intentée directement, les mots « voie civile » ne peuvent viser que l'action civile proprement dite et, par suite, la loi, loin d'établir une exception, fait, en propres termes, l'application du droit commun. Sans doute, les garanties des fonctionnaires ne seront pas absolues, mais la loi l'a voulu ainsi; sans doute un égal ou un inférieur pourra être appelé à statuer sur une poursuite intentée contre un égal ou un supérieur, mais cela résulte encore de la loi, et il n'est pas, en tous les cas, permis de refuser des juges sous prétexte de donner des juges impartiaux. Je conclus donc dans le sens de la jurisprudence la plus récente, et je crois que le privilège de juridiction établi par les articles 479 et suivants,

n'a trait qu'à la poursuite criminelle, à la mise en œuvre de la responsabilité pénale.

156. — Il y a, d'autre part, en ce qui concerne la seule responsabilité civile des magistrats qui ont commis un attentat à la liberté individuelle, une procédure spéciale, organisée par le Code de procédure civile, la prise à partie. L'article 505, dans l'énumération limitative qu'il fait des cas de prise à partie, comprend, § 3 : les cas où la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts. Les articles 114 et 119 du Code pénal rentrent donc certainement dans l'hypothèse prévue par ce paragraphe. Du reste, en notre matière, ce n'est guère qu'au regard du juge de paix ou du juge d'instruction qui aurait commis l'attentat à la liberté de l'article 119, que l'application de l'article 505 pourrait se rencontrer, car les arrestations et séquestrations illégales des prostituées ne sont accomplies que par des fonctionnaires de la police administrative.

157. — C'est pour eux qu'existait avant 1870, tant au point de vue de l'action publique que de l'action privée, ce qu'on est convenu d'appeler la garantie administrative. L'article 75 de la Constitution de l'an VIII, dans le but de sauvegarder le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, déclarait : « Les agents du gouvernement, autres que
« les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des
« faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une
« décision du Conseil d'état : en ce cas, la poursuite
« a lieu devant les tribunaux ordinaires (1) ». L'autorisation préalable du Conseil d'état était donc néces-

(1) V. cet article dans TRIPIER, p. 182.

saire, si la poursuite dirigée contre un fonctionnaire public, ayant la qualité d'agent du gouvernement, pour faits relatifs à ses fonctions, était de la compétence d'un tribunal de l'ordre judiciaire, et les actions intentées, en vertu des articles 114 et 119, contre les agents du gouvernement, étaient certainement soumises à cette formalité. L'article 75 a été formellement abrogé par le décret du 19 septembre 1870. Mais il faut, pour apprécier les conséquences de cette abrogation, indiquer, en quelques mots, quels étaient le caractère et les effets de l'autorisation donnée par le Conseil d'état. Ce n'était qu'une formalité de procédure. Les tribunaux ordinaires pouvaient être saisis, ils étaient compétents d'après les règles du droit commun; et la preuve en résulte manifestement de l'article 3 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, qui ne reconnaît pas à l'administration le droit d'élever le conflit d'attributions pour défaut d'autorisation du Conseil d'état. Ce n'était donc pas cette autorisation qui rendait le tribunal ordinaire compétent, et le seul effet du défaut d'autorisation était l'annulation des actes de procédure.

158. — Le décret du 19 septembre 1870 porte, article 1^{er} § 1^{er} : « L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. » Il s'est formé à l'origine deux courants de jurisprudence sur la portée de cette abrogation. La Cour de cassation et les Cours d'appel pensaient que les tribunaux judiciaires avaient aujourd'hui le droit d'apprécier librement les actes imputés aux agents du gouvernement, soit sur l'action pénale, soit sur l'action privée (1). Le Tribunal des Conflits,

(1) Req., Cass., 3 juin 1872, D. P., 72, 1, 392; Crim., Cass., 25 janvier 1873, D. P., 73, 1, 293; 15 décembre 1874, D. P., 76,

au contraire, prétendait que le décret de 1870, tout en permettant aux tribunaux d'apprécier la responsabilité pénale ou civile des agents du gouvernement, n'avait pas eu pour but de supprimer le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, et que les tribunaux judiciaires n'avaient pas plus après 1870 que sous l'empire de l'article 75, le droit de connaître des actes administratifs (1). Le tribunal, valablement saisi, devrait donc surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité administrative compétente ait prononcé sur la légalité de l'acte administratif incriminé; l'administration aura, en principe, le droit, s'il retient l'affaire, de prendre un arrêté de conflits.

Je n'ai pas, ici, à discuter ces théories ni à faire un choix entre elles, d'autant plus que les Cours d'appel semblent se rallier depuis quelque temps à la doctrine du Tribunal des Conflits (2). Je me contente d'indiquer très brièvement la jurisprudence actuellement dominante: les agents du gouvernement peuvent être poursuivis, sans formalités préalables, devant les tribunaux judiciaires, mais ces tribunaux doivent surseoir à statuer toutes les fois que l'examen de la responsabilité suppose l'appréciation d'un acte administratif. En ce cas, l'autorité administrative peut élever le conflit en matière correctionnelle, mais non

1, 289; Dijon, 15 décembre 1876, S., 77, 2, 53; Req., Cass., 8 février 1876, D. P., 76, 1, 289.

(1) Conflits, 28 octobre 1874, D. P., 75, 3, 75.; 29 juillet 1876, D. P., 77, 3, 17; 5 mai 1877, 24 novembre, 29 décembre 1877, 12 janvier 1878, D. P., 78, 3, 13 à 17.

(2) Bourges, 10 février 1879, D. P., 79, 2, 164; Rennes, 31 décembre 1878, D. P., 79, 2, 101; Rennes, 8 décembre 1879, D. P., 80, 2, 200.

en matière criminelle, notamment aux articles 114 et 119 ; ils peuvent au contraire juger immédiatement toutes les fois que les actes incriminés sont des faits personnels au fonctionnaire.

159. — L'article 1^{er} du décret du 19 septembre 1870 ajoutait : « Sont également abrogées toutes autres « dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour « objet d'entraver les poursuites dirigées contre les « fonctionnaires publics de tout ordre. » Ces termes, très compréhensifs, embrassent-ils tous les privilèges accordés aux fonctionnaires, et en particulier ceux des articles 483 et suivants du Code d'instruction criminelle, et des articles 505 et suivants du Code de procédure civile ? L'action pénale et l'action privée, intentées contre des magistrats, suivent-elles aujourd'hui toutes les règles du droit commun ? Le privilège de juridiction et la prise à partie sont-ils supprimés ?

Trois opinions ont été soutenues : l'une déclare que ce sont là des dispositions ayant pour objet d'entraver les poursuites contre une classe de fonctionnaires publics, et que le décret de 1870 les a abrogées (1) ; l'autre s'attache au texte même du décret. Les privilèges de juridiction subsistent, soit au point de vue pénal (art. 479 et suivants), soit au point de vue civil (art. 509, C. pr.) ; ils n'ont pas été établis pour entraver la poursuite ; mais les règles de la prise à partie, autres que celles de l'article 509, disparaissent complètement (2). La jurisprudence a repoussé ces deux

(1) DUVERGIER, t. LXX, p. 335.

(2) GLASSON. *Observations sur le Décret du Gouvernement de la Défense nationale du 19 septembre 1870* (*Revue critique de législ. et de jurisprudence*, 1873-1874, pp. 380 et suiv.)

systèmes, et elle admet que le décret de 1870 n'a pas eu en vue les garanties judiciaires ; il a voulu simplement supprimer les garanties administratives analogues à celles de l'article 75 ; il faudrait un texte plus précis que celui de l'article 1^{er} pour effacer ces privilèges établis par nos Codes ; une simple allusion ne peut suffire pour trancher une question aussi grave que celle de la responsabilité des magistrats, et pour apporter un changement aussi considérable aux principes de notre droit public. (1)

160. — L'idée qui me paraît se dégager de toute cette partie de mon étude, c'est que les textes ne manquent pas pour proclamer la liberté individuelle et assurer son respect ; mais les mesures préventives sont, dans la pratique, comme celles qui tendent à faire cesser la détention illégale, la plupart du temps insuffisantes, et si l'on veut recourir aux mesures de répression, ce n'est qu'au prix des plus grandes difficultés, après des procédures très compliquées, que l'on peut arriver à obtenir la réparation civile du préjudice causé, et faire prononcer contre l'auteur de l'acte arbitraire ou illégal une peine qui est loin d'être proportionnée à la gravité du crime : la dégradation civique. Et je ne sais trop quel accueil un tribunal ou une Cour ferait à une semblable demande, si elle était formée par une fille publique ; je crains que le principe de l'égalité de tous devant la loi ne soit ici quelque peu théorique. Et pourtant la loi qui commande à tous les citoyens, quels qu'ils soient, les pro-

(1) Crim., Cass., 9 février 1872, D. P., 72, 1, 202; 24 décembre 1874, D. P., 75, 1, 442. Cf. en ce sens GARSONNET, t. I, pp. 235 et suiv.

tège tous, même les plus abjects d'entre eux ; les arrestations opérées, les séquestrations infligées sont illégales, il faut que toutes les victimes de ces actes arbitraires, fussent-elles des prostituées, puissent invoquer la loi qui assure le respect de leurs droits et de leur liberté.

CONCLUSION

161. — J'ai essayé, au cours de cette étude, de démontrer l'illégalité de quelques-unes des mesures prises au regard des prostituées, notamment de l'arrestation et de la détention par voie administrative, et j'ai recherché les moyens légaux de les prévenir, de les faire cesser et de les punir. Les usages, même les plus anciens et les moins critiqués, ne doivent pas subsister s'ils violent la loi ; l'administration, au mépris des principes les plus certains de notre droit public, porte chaque jour, sans qu'en réalité aucun texte l'y autorise, les plus graves atteintes à la liberté individuelle : ce sont ses errements que j'ai combattus. Mais les droits de chacun ne peuvent être garantis par le pouvoir social que dans la limite où ils ne sont pas des obstacles aux droits des autres. La société a le devoir de limiter le domaine du droit individuel, quand elle croit que cela est nécessaire à l'intérêt de tous de punir le fait immoral de l'individu contraire à sa conservation et à son perfectionnement. Il est vrai que la violation des règlements administratifs qui la concernent entraîne une poursuite contre la prostituée ; mais, ou bien on reste dans la légalité et le tribunal de simple police ne peut prononcer qu'une peine insi-

gnifiante, ou bien la répression est laissée aux mains de l'administration, qui ne suit aucune règle fixe, et qui, tantôt sévère, tantôt tolérante, dispose avec l'arbitraire le plus absolu de la liberté des malheureuses qu'elle arrête. Que la répression cesse d'être ainsi abandonnée au bon vouloir de l'administration, tout le monde est d'accord pour le demander. Mais la question est de savoir si la peine que légalement on peut infliger aux prostituées est suffisamment énergique. Il faut avouer que, en présence du nombre toujours croissant des filles publiques, la réponse négative s'impose; mais, d'autre part, la prostitution a toujours existé, et ce serait une chimère de vouloir, par l'application de châtimens sévères, arriver à la supprimer; c'est un mal nécessaire, en quelque sorte inhérent à toute société; ce qu'il faut, c'est en restreindre les effets, mais il est bien inutile de chercher à le faire disparaître. On ne peut comprendre, du reste, la sévérité que dans la mesure où elle est strictement nécessaire à la protection des bonnes mœurs, c'est-à-dire lorsqu'elle s'applique aux manifestations extérieures de la prostitution, qui troublent l'ordre public; mais il n'est pas permis d'intervenir dans la vie privée de l'individu, chacun est libre de diriger sa vie comme il l'entend. J'approuverais donc, sans hésitation, une loi qui érigerait en délit le « racolage » sur la voie ou dans les lieux publics.

162. — C'est ce qu'a fait M. le sénateur Bérenger, dans sa proposition de loi sur la prostitution et les outrages aux bonnes mœurs, déposée sur le bureau du Sénat à la séance du 27 avril 1894, et dont l'article 1^{er} est ainsi conçu : « Quiconque se livre au racolage sur la voie publique ou dans les lieux publics

« sera puni des peines édictées par l'article 330 du
« Code pénal. » M. Béranger explique dans l'exposé des
motifs (1) la portée qu'il entend donner à cet article :
« Ce n'est pas », dit-il, « l'acte isolé, arraché peut-être
« à la misère ou à la faim, ni même l'entraînement
« accidentel qu'il importe d'atteindre, c'est l'acte clai-
« rement scandaleux, irrécusable et habituel. Celui-là
« seul est vraiment dangereux pour les mœurs. —
« Quiconque se livre au racolage... nous a semblé ren-
« dre clairement la pensée que la prostitution avouée,
« patente, en quelque sorte professionnelle, doit seule
« constituer le délit. » Cette restriction, que j'approuve
du reste complètement, ne me semble pas suffisam-
ment indiquée par le texte, et puisque M. Béranger
considère que la prostitution professionnelle doit seule
constituer le délit, il serait, à mon sens, beaucoup
plus net, de rédiger l'article ainsi : « Quiconque a
« l'habitude de se livrer au racolage....., etc. »

A côté du délit, se place la complicité, et le § 2
de l'article considère comme complices et punit comme
tels « tous ceux qui auront aidé ou soutenu l'auteur
« principal dans l'accomplissement du délit ou qui en
« auront partagé les profits. » Les peines pourront
(art. 9) être portées au double si le délit a été commis
à l'égard de mineurs de l'un ou l'autre sexe, et les
condamnations (art. 1^{er} § 3) prononcées en vertu de
l'article 1^{er} seront assimilées au vagabondage en ce
qui touche l'application de la loi du 29 mai 1885 sur
les récidivistes. Il était du reste indispensable de per-
mettre aux tribunaux de descendre, en certaines hypo-
thèses favorables, au regard d'une prévenue jeune,

(1) *J. off*, *Doc. parl.*, Sénat, 1894, p. 121.

entraînée par les circonstances, par l'influence du milieu où elle a vécu, au-dessous du minimum de trois mois d'emprisonnement; l'article 10 de la proposition réserve dans ce but l'application de l'article 463 du Code pénal.

163. — Sur tous ces points, j'approuve la proposition de M. Bérenger : l'exercice de la prostitution sur la voie ou dans les lieux publics est dangereux pour l'ordre social, il est, d'autre part, réprouvé par la loi morale, la société doit donc le punir et assurer la répression par une loi. M. Bérenger ajoute dans l'exposé des motifs (1) : « Ce serait peu, de chasser la « prostitution de la rue, si elle devait trouver un asile « contre les sévérités de la répression dans des éta- « blissements complaisants ou complices, non moins « accessibles au public que la rue elle-même. Le dan- « ger serait même, sous certains rapports, plus grave, « car la séduction serait, là, plus active et plus har- « die, la surveillance moins grande et la santé publi- « que plus exposée »; et les articles 2, 3, 4, 5 de sa proposition de loi sont relatifs aux logeurs tenant maison meublée qui auront sciemment favorisé ou facilité la débauche, en recevant chez eux des femmes ou filles qui s'y livrent à la prostitution (art. 2); et aux cafetiers, cabaretiers et autres débitants de boissons à consommer sur place qui fourniront à des femmes et filles de débauche, employées ou non dans leurs établissements, le moyen de s'y livrer à la prostitution (art. 3).

Je ne saurais me rallier sur ce point à l'avis de M. Bérenger : ou bien il s'agit de logeurs ou de débi-

(1) *J. off.*, *cod. loc.*, p. 123, col. 3.

tants de boissons qui, aux termes de l'article 60 § 2 et 3 du Code pénal, ou de l'article 1^{er} § 2 de la proposition, se sont rendus, au sens de la loi, complices du délit, et il n'est pas nécessaire d'un texte spécial pour les atteindre ; ou bien ce sont des personnes qui, tout en logeant et en recevant des femmes qu'ils savent se livrer à la prostitution, ne se sont pas rendus légalement complices du délit commis, et je crois qu'il est inutile de voir un délit dans l'acte par eux accompli, et de les poursuivre correctionnellement.

164. — Quoi qu'on fasse, on n'arrivera pas à supprimer la prostitution, et M. Bérenger l'admet lui-même puisque l'article 6 de sa proposition reconnaît implicitement l'existence des maisons de débauche. Il y aura donc, malgré tout, une prostitution en quelque sorte officielle, reconnue, tolérée par la loi, et je ne vois pas pourquoi cette tolérance ne s'étendrait pas à la prostitution isolée. Je pense, en d'autres termes, qu'il est utile, nécessaire même, de considérer comme délit la prostitution lorsqu'elle se pratique au dehors, c'est-à-dire le racolage sur la voie ou dans les lieux publics, et je donnerais à ces dernières expressions la portée très large que leur a attribuée la jurisprudence sur l'article 330 du Code pénal ; je crois, d'autre part, que les complices, au sens que j'ai donné à ce mot, doivent être punis de la même peine que les auteurs : il ne doit pas y avoir à ce point de vue de prostitution tolérée et de prostitution clandestine ; mais j'estime qu'en dehors de cette hypothèse, la loi n'a pas à intervenir, si elle veut prendre en considération les leçons de l'expérience et les enseignements de la pratique ; c'est ici qu'il est nécessaire de maintenir l'existence des deux prostitutions ; il sera permis aux municipa-

lités ou au Préfet de police, agissant au nom de la sécurité et de la santé publiques, de réglementer comme aujourd'hui, et dans la limite légale que j'ai indiquée, la prostitution ; les contraventions aux arrêtés seront poursuivies et punies d'après le droit commun, on conciliera ainsi les exigences de la morale et les nécessités de l'ordre social, et on assurera de toutes manières le respect de la liberté et du droit individuel, en procurant l'égalité dans la répression. Il est impossible, les faits l'ont de tout temps démontré, de cantonner, pour ainsi dire, la prostitution dans des maisons de débauche, il y aura donc fatalement des prostituées isolées ; les arrêtés sanctionnés par l'article 471 n° 15 du Code pénal, leur imposeront, à elles et à ceux qui les logent, des obligations, et ce n'est que lorsqu'elles troubleront l'ordre public, lorsqu'elles se livreront sur la voie ou dans les lieux publics à l'exercice de leur honteuse profession que la loi interviendra et leur infligera, à elles et à leurs complices, les peines de l'article 330 (1).

165. - Mais il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord : c'est la nécessité de prendre des moyens pour empêcher le recrutement des prostituées, et de faire par conséquent une loi sur la protection de l'enfance, pour prévenir son exploitation. On ne naît pas prostituée, on le devient ; les prostituées se composent, en grande partie, de malheureuses et de déclassées.

166. — De ces dernières, je ne parlerai pas ; les

(1) La proposition de loi de M. Bérenger a été prise en considération par le Sénat. (*J. off.*, 8 juin 1894, *Déb. parl.*, Sénat., p. 488, col. 3.)

déclassés sont une plaie de notre société moderne, et c'est tout ce qu'on est convenu d'appeler la question sociale qu'il me faudrait examiner. Certes, l'instruction est un trop grand bienfait pour que j'aie seulement la pensée de critiquer une époque qui l'a répandue dans toutes les classes de la société, mais je constate avec regret que c'est à la prostitution que nombre de jeunes femmes, déçues dans leurs espérances, demandent les ressources que n'a pu leur assurer leur instruction.

167. — Mais il y a toute une autre classe dont la société doit s'occuper, ce sont les enfants qui, dès leur naissance, se trouvent abandonnées par leurs parents, ou qui ne reçoivent dans leurs familles que des leçons d'immoralité, et qui, un jour, se prostituent, conseillées peut-être par ceux qui n'auraient dû leur donner que de bons exemples, poussées, en tous les cas, par l'excès de la misère et peut-être par la faim. C'est à la loi d'assurer la protection de l'enfance, de favoriser par tous moyens les œuvres de charité privée et il est à penser que la proposition de M. Georges Berry sur la répression de l'exploitation de l'enfance, déposée sur le bureau de la Chambre des députés le 21 mai 1894 (1), aura meilleur sort que le projet sur la protection des enfants délaissés, abandonnés ou maltraités, qui, voté en première délibération par le Sénat le 12 juin 1883, a abouti à une loi toute spéciale, la loi du 24 juillet 1889 sur la puissance paternelle. Cette proposition de M. le sénateur Roussel, avait, à mon sens,

(1) *J. off. Déb. parl.*, 22 mai 1894, p. 827. — L'exposé des motifs et le texte de cette proposition ont paru au *J. off., Doc. parl.*, Chambre, 1894, pp. 830 et suiv.

le tort de placer les mineurs de l'un ou l'autre sexe abandonnés, maltraités ou délaissés, sous la protection de l'autorité publique, et je pense, avec M. de Gavardie, que « l'assistance publique n'est qu'un être de raison, « qui n'a pas l'âme d'un fondateur », et que, tout en reconnaissant son utilité, il est permis de croire que les œuvres privées sont plus fécondes si la loi veut bien les protéger et les soutenir.

On avait aussi eu le tort de ne pas admettre la définition du mineur délaissé proposée par le même M. de Gavardie et qui comprenait : « l'enfant que ses « parents, tuteur, ou ceux à qui il est légalement « confié, laissent dans un état de prostitution, de « vagabondage ou de mendicité ». Peut-être ces idées auraient-elles triomphé dans la suite de la discussion ; il n'est pas possible en tous les cas aujourd'hui, dans une loi sur la protection de l'enfance, de ne pas placer à côté des mineures délaissées, celles que leurs familles livrent à la prostitution ; il faut comprendre dans une mesure plus étendue les jeunes filles dans le service des enfants moralement abandonnés créé par l'assistance publique le 1^{er} janvier 1881 ; il est indispensable surtout d'encourager la charité et l'assistance privées, d'où qu'elles viennent. On arrivera peut-être ainsi à arracher à la honte de la prostitution nombre d'enfants que les seuls mauvais exemples y auraient conduites ; la société pourra faire en toute sécurité des lois répressives sévères, parce qu'elle aura tout fait pour l'éducation et le relèvement moral des coupables, et qu'elle ne frappera plus que le vice professionnel et incorrigible.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — Une action populaire ne peut pas être *in bonum et æquum concepta*.

II. — L'*actio rei uxoriæ* fut à l'origine activement et passivement intransmissible.

III. — Les *actiones in bonum et æquum conceptæ* échappent à l'effet extinctif de la *capitis deminutio media* et de la *capitis deminutio minima*.

IV. — L'*actio rei uxoriæ* originaire est prétorienne et pénale.

DROIT FRANÇAIS

I. — La prostitution n'est pas une infraction punie par les lois pénales actuelles.

II. — Les tribunaux de droit commun sont incompétents pour statuer sur la radiation de l'inscription d'une fille publique.

III. — Les articles 2, 3 et 4 de l'ordonnance du Lieutenant de police du 6 novembre 1778, qui interdisaient aux propriétaires et locataires principaux toute location au profit d'une femme de débauche sont aujourd'hui abrogés.

IV. — Il en est de même de l'article 5 de l'ordonnance du 8 novembre 1780 qui imposait à tous les particuliers donnant à loger en garni la tenue de deux registres.

V. — Les dispositions illégales des arrêtés généraux sur la prostitution peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'état.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — L'action donnée par Justinien au propriétaire dont la chose a été usucapée par un absent suppose une *restitutio in integrum* préalable pour cause d'absence.

II. — La double application de l'action publicienne à l'*in bonis* et à la possession de bonne foi était prévue par une seule disposition de l'édit.

III. — Dans l'ancien droit romain le *filiusfamilias* était incapable de s'obliger *ex contractu*.

IV. — Quand, au cas de *stipulatio pœnæ*, le créancier ne peut pas cumuler la *pœna* avec le bénéfice de l'obligation principale, il n'a pas le choix entre le montant de la *pœna* et l'objet de l'obligation.

DROIT CIVIL

I. — L'autorisation administrative de l'art. 910 du Code civil est nécessaire à la validité du don manuel fait aux personnes morales.

II. — Cette autorisation est un élément constitutif de l'acceptation.

III. — L'action donnée par l'art. 1599 du Code civil à l'acheteur de la chose d'autrui est une action en résolution fondée sur l'art. 1184.

IV. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut passer seul des conventions matrimoniales dont l'effet serait de conférer à son conjoint des avantages plus étendus que ceux de la communauté légale.

DROIT PÉNAL

I. — Le bénéfice de la suspension des peines, de la loi du 26 mars 1891, n'est pas restreint aux crimes et délits de droit commun.

II. — La loi du 26 mars 1891 sur la suspension des peines n'est pas applicable aux contraventions de simple police.

PROCÉDURE CIVILE

I. — La saisie-arrêt ne devient une mesure d'exécution qu'au jour de la demande en validité.

II. — La cession d'une créance saisie-arrêtée ne vaut que comme saisie-arrêt à l'égard du saisissant.

VU :

F. DESSERTAUX.

VU .

F. BONNEVILLE.

VU : *Le Doyen,*

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 1^{er} août 1894.

Le Recteur de l'Académie,

G. BIZOS.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION.	1
SECTION I. — Énumération des actions <i>in bonum et æquum conceptæ</i>	4
SECTION II. — Théorie juridique des actions <i>in bonum et æquum conceptæ</i>	23
A. — Latitude exceptionnelle du juge.	25
B. — Caractère strictement individuel.	31
I. — Capacité juridique	31
II. — Intransmissibilité	42
III. — <i>Capitis deminutio</i>	46
SECTION III. — Formation historique de la théorie des actions <i>in bonum et æquum conceptæ</i>	58

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.	85
CHAPITRE I. — Réglementation de la prostitution	124
I. — Réglementation ancienne	124
II. — Époque révolutionnaire.	133
III. — Réglementation actuelle.	134
1 ^o Réglementation à Paris.	135
2 ^o Réglementation dans les départements	139

3 ^o Réglementation à l'étranger	142
CHAPITRE II. — Légalité de la réglementation.	148
I. — Mesures prises vis-à-vis de la prostitution clandestine	166
II. — Mesures prises vis-à-vis de la prostitution tolérée.	185
CHAPITRE III. — Moyens légaux d'assurer le respect de la liberté individuelle des prostituées.	234
I. — Mesures préventives	235
II. — Mesures tendant à faire cesser les détentions illégales.	251
III. — Mesures répressives.	255
CONCLUSION	273
POSITIONS	281

